

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: Análise Crítica e Empírica

ANA FRANCISCA PINTO DIAS*

CARLOS FILIPE COSTA**

1. Introdução

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro instituiu na ordem jurídica portuguesa o *Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais*, mantendo-se em vigor, com as alterações que lhe foram aditadas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, alterações essas motivadas pela transposição da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

Pese embora fosse possível encontrar algumas alusões ao problema dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais na primeira Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 29/81, de 22 de agosto¹, foi o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro que, por influência do direito alemão², veio regular, de forma sistemática, pela primeira vez esta matéria.

* Doutoranda em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Docente no Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa. Investigador no NOVA Consumer Lab.

¹ Vide, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Contratos de Adesão e os Direitos do Consumidor”, in *Progresso do Direito*, Ano II, n.º 2, 1994, pp. 35-56.

² Em 25 de julho de 1996, entrou em vigor, no ordenamento jurídico alemão, a lei que modificou a *AGB-Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976, que serviu de inspiração para o legislador português. Referindo que o direito alemão serviu de inspiração ou modelo para o legislador português, vide, entre outros, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Les Clauses Limitatives ou Exonératoires de Responsabilité”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*,

Decorridos 36 anos após a sua publicação, a importância prática das cláusulas contratuais gerais mantém-se atual, o que é atestado, desde logo, pela recente alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, operada pela *Lei n.º 32/2021, de 27 de maio*, que vem estabelecer limitações à redação de cláusulas contratuais e prevê a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas.

Antes de iniciarmos propriamente a análise das soluções consagradas no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro – e, com especial acutilância, da mais recente alteração legislativa –, principiaremos por nos referir, ainda que a passos largos, à problemática dos *contratos de adesão* e das *cláusulas contratuais gerais*.

2. Considerações preliminares: a figura do contrato de adesão e o recurso à técnica das cláusulas contratuais gerais

O específico modo de contratação assente em cláusulas contratuais gerais, previamente elaboradas por um dos contraentes (o predisponente), a que o outro contraente (o aderente) se limita a aderir, constitui “uma manifestação jurídica da moderna vida económica”³.

O desenvolvimento do capitalismo, a diversificação da atividade das empresas e o incremento da oferta de produtos e de serviços em massa, reflexo das sociedades técnicas e industrializadas, trouxeram alterações significativas ao paradigma jurídico-negocial tradicional⁴. As novas

Vol. LXIX, 1993, p. 170; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas”, in *O Direito*, Ano 127, III-IV, 1995, p. 297; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA/RUI PINTO DUARTE, “Cláusulas Contratuais Gerais Abusivas (Introdução)”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 39, 2007, p. 7.

³ Subtítulo do estudo de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO sobre a matéria, publicado in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 1973, pp. 119 e ss.

⁴ O ponto 3 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro relata, de forma expressiva, o contexto da proliferação das cláusulas contratuais gerais: “As sociedades técnicas e industrializadas da actualidade introduziram, contudo, alterações de vulto nos parâmetros tradicionais da liberdade contratual. A negociação privada, assente no postulado da igualdade formal das partes, não corresponde muitas vezes, ou mesmo via de regra, ao concreto da vida. Para além do seu nível atomístico, a contratação reveste-se de vectores colectivos que o direito deve tomar em conta. O comércio jurídico massificou-se: continuamente, as pessoas

estruturas de produção económica e a distribuição de bens e serviços em massa da moderna sociedade de consumo não se compaginam, no plano negocial, com um processo de negociação caso a caso. Como expressivamente faz notar Pinto Monteiro, “necessidades de *racionalização, planeamento, celeridade e eficácia* tornam as condições gerais do contrato um processo indispensável de negociação da empresa, podendo dizer-se que à produção e distribuição *standard* corresponde necessariamente a contratação *standard*”⁵.

Com efeito, começaram a proliferar no tráfego jurídico casos em que determinados contratos – utilizados, sobretudo, por seguradoras, bancos, empresas de fornecimento de água, energia elétrica ou gás, etc. – eram celebrados *sem qualquer negociação ou debate prévio entre os contraentes*, em ordem a conformar o respetivo conteúdo à vontade e aos interesses de ambos, passando antes a refletir a vontade e os interesses apenas de um dos contraentes, que *predetermina*, de forma *unilateral*, o seu conteúdo, elaborando, para tanto, cláusulas contratuais gerais destinadas a integrar o conteúdo de todos os contratos singulares a celebrar no futuro, mediante a sua proposta, em massa, ao público interessado⁶.

A contraparte é apenas, na prática, livre de *aderir ao modelo contratual pré-fixado* que lhe é proposto ou de o *rejeitar*, não podendo interferir na modelação do conteúdo negocial, *discutindo* ou *alterando o conteúdo da proposta*.

celebram contratos não precedidos de qualquer fase negociatória. A prática jurídico-económica racionalizou-se e especializou-se: as grandes empresas uniformizam os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias à colocação dos produtos e a planificar, nos diferentes aspectos, as vantagens e as adscrições que lhes advêm do tráfico jurídico”.

⁵ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), pp. 741-742; idem, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002, p. 1.

⁶ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição. Almedina, Coimbra, 2000, pp. 252-253; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 741; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 309.

Daí, justamente, que aos contratos assim gizados se dê a designação, por influência francesa, de *contratos de adesão* (*contrats d'adhésion*)⁷.

Diz-se, por conseguinte, *contrato de adesão* aquele em que um dos contraentes (o predisponente) elabora, de forma prévia e rígida, as respetivas cláusulas, limitando-se a outra parte (o aderente) a aceitar ou a rejeitar os termos previamente definidos. Se tais cláusulas são elaboradas para todos os contratos futuros a celebrar pelo predisponente, que as oferece, em massa, ao público interessado, diz-se que o contrato de adesão foi celebrado com recurso a *cláusulas contratuais gerais* que se caracterizam, além do caráter prévio e rígido, por uma nota de generalidade⁸.

É inegável que este tipo de esquema contratual comporta uma limitação ao princípio da liberdade contratual. Trata-se, porém, de *uma limitação de ordem fáctica*, diante a dificuldade do aderente em satisfazer determinada necessidade sem a aquisição do bem ou serviço em causa, e não de uma

⁷ O mesmo fenómeno é designado por diversas formas, designadamente, condições gerais dos contratos, de matriz alemã (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*: AGB), contratos *standard*, contratos em série, ou, segundo a terminologia adotada pelo legislador português, cláusulas contratuais gerais.

⁸ No plano doutrinal, a atualidade e relevância dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais é evidente, como se evidencia pelas inúmeras monografias e artigos de revista sobre o tema, designadamente, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 385, ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 609, ss.; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição. Almedina, Coimbra, 2000, p. 251, ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 309; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 1986; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 733, ss.; idem, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62 (2002), pp. 111, ss.; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999; ALMENO DE SÁ, “Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre cláusulas abusivas, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (2000), pp. 573, ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 75, ss.

limitação jurídica pois, no plano da lei, “ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas”⁹.

3. O âmbito de aplicação do Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro

O capítulo I do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro contém algumas disposições gerais sobre o seu âmbito de aplicação (artigos 1.º a 3.º).

Apesar de o diploma não avançar uma definição de *cláusulas contratuais gerais*, as características que lhes aponta, no artigo 1.º¹⁰, denotam que o legislador seguiu a caracterização comum deste instituto – *pré-elaboração por uma das partes, rigidez ou imodificabilidade e generalidade ou indeterminação*¹¹ –, não relevando, em princípio, a forma de comunicação ao público, a extensão, o conteúdo ou a autoria das cláusulas contratuais gerais, conforme dispõe o artigo 2.º¹².

⁹ Cfr., ponto 3 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Sobre a contratação com base em cláusulas contratuais gerais como uma limitação à liberdade contratual circunscrita ao domínio dos factos, *vide*, entre outros, ANTÓNIO ALMEIDA, “Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual”, in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, n.º 2, 1998, pp. 290-292.

¹⁰ Cfr., artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: “As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar (...)”.

¹¹ Cfr., *inter alia*, ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Processo n.º 4267/12.3TBBERG. G1.S1, 30/03/2017, “Constituem características essenciais das cláusulas contratuais gerais: (i) a pré-formulação; (ii) a generalidade; e (iii) a imodificabilidade.”.

¹² Cfr., artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: “O artigo anterior abrange, salvo disposição em contrário, todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros.”

Sobre este ponto, *vide*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 748; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1997, p. 14; ANTÓNIO ALMEIDA, “Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual”, in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, n.º 2, 1998, pp. 295-297.

Excetua-se do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro os casos taxativamente elencados no artigo 3.º: cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; contratos submetidos a normas de direito público; atos de direito da família ou do direito das sucessões; e cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho¹³.

O âmbito objetivo de aplicação do nosso diploma é menos amplo do que o âmbito objetivo de aplicação da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores¹⁴.

Como se pode ler no artigo 3.º da referida Diretiva, esta aplica-se a qualquer cláusula contratual que *não tenha sido objeto de negociação individual*, considerando-se que tal ocorre “sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão”¹⁵.

São, portanto, nótulas características das cláusulas referidas na Diretiva a *pré-elaboração* (“redigida previamente”) e a *rigidez* (no sentido de o consumidor não ter podido influir na modelação do conteúdo do contrato), mas já não a generalidade ou indeterminação.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro sofreu uma segunda alteração promovida pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, com vista a tornar o regime jurídico português das cláusulas contratuais gerais “conforme com as disposições da Directiva comunitária n.º 93/13/CEE”¹⁶.

¹³ Sobre as razões que justificam a não aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais aos casos referidos no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 446/85 e fazendo alusão a alguns problemas práticos que se colocam nesta sede, veja-se, entre outros, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 47-57.

¹⁴ A transposição da Diretiva para a ordem jurídica portuguesa foi realizada pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de agosto, que alterou o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por forma a respeitar as imposições do direito europeu. Todavia, não foi alterado o âmbito objetivo de aplicação do nosso diploma.

¹⁵ Cfr., artigo 3.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993.

¹⁶ Cfr., Preâmbulo do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho.

Como se esclarece no Preâmbulo do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho “(...) a nova redacção do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro [feita pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de janeiro], não se mostrou ainda conforme com as disposições da Directiva comunitária n.º 93/13/CEE, porquanto manteve o seu campo de aplicação material limitado às cláusulas contratuais gerais destinadas a serem utilizadas por sujeitos indeterminados (...)”. Sendo que, como se clarifica, “a protecção conferida aos consumidores pela Directiva n.º 93/13/CEE abrange quer os contratos que incorporam cláusulas contratuais gerais, quer os contratos dirigidos a pessoa ou consumidor determinado, mas em cujo conteúdo, previamente elaborado, aquele não pode influir.”

Em conformidade, uma das alterações procedidas pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho incidiu, justamente, sobre o âmbito objetivo de aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, alargando-o “às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não p[ô]de influenciar”¹⁷.

No que a este ponto diz respeito, suscitou-se a questão de saber se a *extensão do regime a todas as cláusulas não negociadas* é apenas aplicável no âmbito dos contratos celebrados entre consumidores e profissionais ou se se aplica aos contratos dirigidos a todos os sujeitos, sejam ou não consumidores.

Pese embora se compreenda o sentido e o alcance dos argumentos a favor de uma interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro¹⁸, julgamos, em sentido contrário, que este

¹⁷ Conforme o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro aqui inserido, justamente, na sequência do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho. A propósito, *vide*, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, PROCESSO N.º 3516/13.STJCBR.C1, 28/10/2014: “A regulamentação do DL 446/85 de 25 de Outubro, aplica-se também às cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos individualizados pelo que, mais do que saber se estamos ou não perante um contrato de adesão o que releva, é saber se a cláusula em questão constitui uma cláusula contratual geral, ou seja, se o seu conteúdo é pré-elaborado e insusceptível de ser influenciado ou negociado pela parte.”

¹⁸ Defendendo uma interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, *vide*, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9.ª edição, Almedina, 2010, p. 51; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, pp. 35-39; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 1998, p. 488.

preceito legal se aplica a toda e qualquer relação jurídica e não unicamente às relações jurídicas de consumo, extrapolando, assim, o consagrado na Diretiva europeia¹⁹.

Por um lado, se é verdade que o Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho teve como intento corrigir e complementar a transposição do regime da Diretiva 93/13/CEE para o ordenamento jurídico português, a qual se circunscreve às relações entre consumidores e profissionais, menos verdade não é que “isso não impede que o legislador interno vá mais longe, como parece ter ido”²⁰.

De outra banda, a utilização do termo “destinatário” – e não “consumidor” – pelo legislador no n.º 2 do artigo 1.º é um sinal determinante no sentido de que o legislador se quis apartar do âmbito (mais) restrito da Diretiva, estendendo a aplicação do regime aos contratos dirigidos a qualquer sujeito, seja ou não consumidor.

De todo o modo, esta é, aliás, a interpretação mais conforme com a ausência de qualquer limitação de natureza subjetiva que caracteriza, *ab initio*, o nosso regime²¹, não se vislumbrando razões imperativas para que, e sob pena de ambiguidade do regime, se restringisse o seu âmbito de aplicação tão só quando estivessem em causa cláusulas não negociadas inseridas em contratos individualizados de consumo.

¹⁹ Com o mesmo entendimento, *vide*, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, Almedina, 2020, p. 123; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, p. 162; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (2000), p. 578; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões Decorrentes da Transposição da Directiva sobre as Cláusulas Abusivas”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, p. 219; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, pp. 395 e ss.

²⁰ Cfr., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, p. 162.

²¹ Ao contrário do diploma europeu, que tem o seu alcance circunscrito às relações jurídicas de consumo (cfr., artigo 1.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993), o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro tem um âmbito de aplicação mais amplo, aplicando-se a todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente de se integrem em contratos celebrados entre consumidores e profissionais.

Não nos parece, ademais, decisivo (como se defende²²) o facto de o Preâmbulo do Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho se reportar (predominantemente) à qualidade de “consumidor”, por duas ordens de razões.

Em primeiro, o Preâmbulo do diploma limita-se, como é predicado, a explicitar genericamente os objetivos do diploma, *in casu*, corrigir a incompleta transposição do regime da Diretiva 93/13/CEE operada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, que não fez incluir no âmbito material de aplicação do regime as cláusulas não negociadas inseridas em contratos individualizados, como contemplado pela Diretiva. O acento tónico e a razão de ser do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho está, pois, no “ajuste” ou extensão do âmbito (material) de proteção do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e não no seu alcance subjetivo, o qual nunca foi questionado.

Em segundo, o referido argumento parece revelar-se falacioso, pois, apesar da falta de rigor na redação do Preâmbulo – na medida em que se refere à “proteção conferida aos consumidores pela Diretiva n.º 93/13/CEE” –, o legislador nacional refere-se a “contratos dirigidos a pessoa ou consumidor determinado, mas em cujo conteúdo, previamente elaborado, aquele não pode influir”, o que aponta no sentido de que a alteração de 1999 não se restringiu aos contratos com consumidores.

Em abono da posição que assumimos perfilhar, concorre também o artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor vigente²³ que, sob a epígrafe “Direito à proteção dos interesses económicos”, dispõe no seu n.º 2, alínea b) que “com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: (...) à não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor”. Acrescentando no n.º 3 que “a inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais.”

Aponte-se que a Lei de Defesa do Consumidor é anterior ao Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho, que aditou ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro o artigo 1.º, n.º 2, completando a transposição do regime da Diretiva

²² V.g., *vide*, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, em particular, pp. 35 e 39.

²³ Lei n.º 24/96, de 31 de julho. Sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto.

93/13/CEE, no que tange à aplicação das cláusulas inseridas em contratos individualizados. Pergunta-se, com efeito, qual seria a necessidade de um específico ato de transposição cujo alcance se cingisse aos contratos com consumidores, se a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais já se aplicava, por força do artigo 9.º, n.º 2, alínea b) e n.º 3 da Lei de Defesa do Consumidor, aos contratos singulares no quadro das relações de consumo.

O n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro estabelece que “o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”²⁴.

No que respeita a esta solução, parece-nos, como assevera Araújo Barros, que “só o predisponente poderá ter interesse em sustentar que determinada cláusula foi negociada, para se prevalecer do seu conteúdo”²⁵, pelo que, não havia necessidade de dirigir a regra de repartição do ónus da prova a ambos os outorgantes do contrato. Como tal, teria sido preferível uma redação mais próxima da constante do preceito correspondente do regime da Diretiva 93/13/CEE²⁶.

Conexa com a questão do *ónus da prova* é a problemática em torno do *ónus de alegação de que a cláusula foi negociada*.

Se é verdade que é o aderente que tem interesse em requerer a declaração de nulidade de determinada cláusula ou a sua exclusão (não inclusão) do contrato, menos verdade não é que é o predisponente (que invoca determinada cláusula) que tem de provar a sua existência e o conjunto de factos constitutivos que determinam a sua eficácia.

Com isto, sustenta-se que sobre o predisponente recai não apenas o ónus da prova, mas também um ónus de alegação de que a cláusula foi negociada, valendo, aqui, o artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil e o artigo 5.º, n.º 1 do Código de Processo Civil²⁷.

²⁴ Este preceito legal foi aditado ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pelo Decreto-lei n.º 220/95, de 31 de agosto, à data como n.º 2, correspondendo à transposição do artigo 3.º, n.º 2, § 3 da Diretiva 93/13/CEE (“Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objecto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova.”).

²⁵ Cfr., JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 31.

²⁶ *Supra*, nota n.º 26.

²⁷ Veja-se, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 94: “[o] artigo 1.º, n.º 3 estabelece que o ónus da prova de que uma cláusula contratual

Com efeito, num caso concreto, considerar-se-á que uma determinada cláusula pré-elaborada se encontra abrangida pelo regime do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro *se a parte que dela se queira prevalecer (o predisponente) não tiver alegado e provado que a cláusula foi previamente negociada e que o aderente teve a possibilidade de influir no seu conteúdo*²⁸. Caso tal não suceda, haverá de se concluir que a cláusula não resultou de negociação prévia entre as partes, ainda que a contraparte (o aderente) não haja invocado tal circunstância.

É importante destacar que, após a consagração do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pelo Decreto-Lei 249/99, de 7 de julho, estendendo-se o âmbito de aplicação do instrumento normativo a “cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”, o critério determinante para que uma determinada cláusula se considere abrangida pela disciplina do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro passou a ser o critério da não negociação (e já não o da generalidade).

Em consequência, a entender-se que sobre quem invocasse o regime do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro recairia o *onus de provar que inexistiu negociação prévia da cláusula*²⁹, então carecia de sentido o disposto no n.º 3 do artigo 1.º, que postula regra em sentido oposto (regra de sentido positivo).

resultou de negociação prévia recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo. Parece-nos que o legislador simplesmente aplicou o princípio geral do ónus da prova, previsto no artigo 342.º, n.º 1 do CC. Portanto, tal como aquele que invoca um direito tem o dever de provar os factos constitutivos desse direito, quem alega o direito de se prevalecer do conteúdo de uma cláusula negocial deve demonstrar que esta foi previamente negociada, pelo que, não se conseguindo provar a prévia negociação do conteúdo de uma cláusula esta continua a considerar-se uma CCG [cláusula contratual geral]”.

²⁸ No mesmo sentido, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 31 e 32. *Vide, inter alia*, na nossa jurisprudência, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 0620332, 05/12/2006: “I- As cláusulas contratuais gerais, típicas de contratos de adesão, estabelecidas normalmente para regular as relações estabelecidas entre grandes empresas e o consumidor, passaram com o DL n.º 249/99 de 7/7, a ter de ser obrigatoriamente analisadas mesmo quando inseridas em contratos autónomos e individualizados, desde que solicitada a sua apreciação. II – Pretendendo o autor a não discussão de tal clausulado, incumbe-lhe a alegação e prova de que a existência do clausulado interessante fora objecto de concreta pré-negociação e que os réus a puderam influenciar.”

²⁹ Com este entendimento, *vide*, na jurisprudência pátria, entre outros, ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 877/12.7TVLSB.L1-A.S1, 11/02/2015: “VIII – É

4. A assimetria de formação e de informação entre aderente e predisponente e o controlo sobre a formação e o conteúdo do contrato

4.1. Considerações gerais

A *especificidade dos contratos de adesão*, consistente na ausência da negociação do seu conteúdo entre os contraentes, determina a necessidade de soluções adequadas e próprias para mitigar os *riscos* ou *problemas* que tal desvio ao modelo contratual paradigmático comporta, sobretudo, atendendo à posição mais vulnerável em que, muitas vezes, se encontra o contraente mais débil (necessitado de contratar) e menos formado e informado.

É possível, *grosso modo*, categorizar três tipos de riscos emergentes deste esquema de contratação:

- i. o risco de *desconhecimento do conteúdo do contrato*, dado que, naturalmente, a ausência do debate prévio entre os contraentes aumenta o risco de o aderente simplesmente *desconhecer* aspetos essenciais do conteúdo do contrato³⁰;
- ii. relacionado com o anterior, o risco de *falta de consciência do alcance e sentido das cláusulas pré-fixadas* pelo predisponente, pois, por norma, estes esquemas contratuais incluem inúmeras cláusulas, a maioria das quais com um conteúdo técnico-jurídico, o que dificulta ao aderente a plena consciência do sentido e alcance das cláusulas contratuais, dada a *tendencial assimetria de formação e informação entre o aderente e o predisponente*³¹; e,

à parte que quer beneficiar da aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais que compete, em concreto, alegar e provar que está perante aquela tipologia de cláusulas, nos termos do art. 342.º, n.º 1, do CC.”

³⁰ Com referência aos perigos que acarretam os contratos de adesão, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO afirma que “[e]stando deles ausente uma fase negociatória no «iter negotii», faltando, pois, um debate prévio com a função das negociações contratuais, é natural que o aderente *desconheça*, muitas vezes, aspetos importantes da regulamentação contratual.” (Cfr., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, 1986, p. 742).

³¹ Cfr., JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição. Almedina, Coimbra, 2000, pp. 254 e 255: “O facto de os modelos ou formulários de alguns

- iii. o risco de aposição de *cláusulas abusivas ou iníquas* no contrato pelo predisponente, sem ponderar os interesses do subscritor das cláusulas³².

Assim, atentos estes riscos ou problemas convocados pelos contratos de adesão surge, corresponsivamente, a necessidade de consagração de medidas adequadas e próprias³³ que proporcionem um *controlo eficaz* sobre esses contratos, atuando não apenas ao nível da formação do contrato, zelando, a este nível, pela *tutela da vontade do aderente*, como também ao nível do *conteúdo das cláusulas contratuais gerais*, através da *proibição de cláusulas abusivas*.

Para o cumprimento do primeiro objetivo, a modalidade de controlo terá de velar pela *obtenção*, em cada contrato que venha a ser celebrado, de um *acordo efetivo e real* sobre todos os aspetos objeto do contrato³⁴.

Por seu turno, ao nível do conteúdo do contrato, o legislador consciencializou-se da necessidade de estabelecer uma segunda modalidade de controlo: a *fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais*. Esta

destes contratos incluírem numerosas cláusulas, muitas delas de carácter técnico, que regulavam minuciosamente os vários aspectos, não só substantivos mas até processuais da relação, dava na prática como resultado que o contraente subscritor das cláusulas não chegava em muitos casos a aperceber-se da existência ou do alcance de algumas delas, porque as não lia, as não examinava com a necessária ponderação, as não entendia ou sentia que não tem condições para as discutir.”

³² Neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 742: “(...) acontecerá frequentemente que a empresa, valendo-se da situação de força que a sua posição no mercado lhe confere e da forma como este contrato é estabelecido, aproveita para inserir cláusulas *abusivas* ou *injustas*, sem consideração pelos interesses da contraparte, *maxime* se o aderente não passa de simples consumidor final, explorando, assim, a situação débil deste.”

³³ Referindo-se à insuficiência das “soluções vigentes para o comum dos contratos negociados” para dar uma resposta adequada aos problemas do “conhecimento, e plena consciência, por parte do aderente, do sentido e alcance das cláusulas pré-fixadas; e carácter equitativo destas” convocados no âmbito dos contratos de adesão, *vide*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 743.

³⁴ Cfr., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 744.

fiscalização opera de duas formas: (i) através da imposição da sanção da *nullidade* para determinadas cláusulas contratuais gerais expressamente proibidas; e, (ii) através da consagração de uma *ação inibitória* de índole preventiva.

As formas de controlo dos contratos de adesão, quer ao nível da formação do contrato, quer ao nível do conteúdo contratual³⁵, constituem o núcleo essencial do regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, encontrando-se reguladas, no essencial, nos capítulos II a V deste diploma. Vejamos.

4.2. Controlo sobre a formação do contrato

4.2.1. A inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares (controlo de inclusão)

As cláusulas contratuais gerais consideram-se incluídas nos contratos por meio da *aceitação do aderente*³⁶, ficando, naturalmente, excluídas as cláusulas *não aceites especificamente*, ainda que utilizadas pelo proponente em relação a todos os outros destinatários³⁷.

³⁵ Como refere SANDRA PASSINHAS, “[n]ão sendo mutuamente excludentes, estas vias de avaliação do contrato devem, ambas, ser operacionalizadas em cada caso concreto, contrariando uma certa hierarquia valorativa em prejuízo do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação pelo predisponente. Só o controlo procedimental do contrato associado ao controlo material das cláusulas que o compõem permite uma reacção eficaz e adequada contra a assimetria situacional que caracteriza a relação entre predisponente e aceite e que, traduzindo uma situação de inferioridade do aderente e a exploração dessa inferioridade pelo predisponente, poderá eventualmente conduzir a um benefício excessivo ou injustificado.” (Cfr., SANDRA PASSINHAS, “O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos”, in *Revista de Direito Comercial*, 2018)

³⁶ Cfr., artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: “As cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares incluem-se nos mesmos, para todos os efeitos, pela aceitação, com observância do disposto neste capítulo.”

³⁷ A este propósito, *vide*, ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 1582/07.ITBAMT-B.P1.S1, 24/03/2011: “Para que as cláusulas se possam incluir nos contratos, necessária se torna a sua aceitação pelo aderente, pelo que ficam naturalmente excluídas do contrato as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ainda que sejam habitualmente usadas pela outra parte relativamente a todos os seus contraentes.”

Não obstante, ainda que ocorra a aceitação do aderente, é necessário que se cumpram determinados requisitos específicos para que se admita a *inclusão efetiva* das cláusulas contratuais gerais no contrato singular. É o que se designa de *controlo de inclusão*³⁸.

Esses requisitos específicos constam dos artigos 5.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, reconduzindo-se, respetivamente, (i) ao dever de comunicação das cláusulas contratuais gerais ao aderente; (ii) ao dever de informação e esclarecimento das cláusulas contratuais gerais, em particular, de aspetos menos claros nelas compreendidos; e (iii) à inexistência de cláusulas prevalentes³⁹.

Neste contexto, no que concerne ao primeiro problema acima mencionado, com o fim de combater o risco de desconhecimento de aspetos essenciais do contrato e/ou a falta de consciência do alcance e sentido das cláusulas do contrato, nos termos do artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, o legislador começou por impor sobre o predisponente o *dever de comunicação*, prévia e integral, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que pretenda incluir nos contratos singulares.

Como se preconiza no n.º 2 do mesmo preceito legal, a comunicação deverá ser realizada de modo *adequado*⁴⁰ e com a *antecedência necessária*,

³⁸ Como já se fez notar *supra*, e se desenvolverá adiante, o controlo de inclusão é prévio e complementar do controlo sobre o conteúdo das cláusulas. Como assevera JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “o chamado controlo da inclusão, tendente à fixação rigorosa do âmbito do consenso, se distingue do controlo do conteúdo, tendo por objecto a adequação dos próprios termos das cláusulas.” (Cfr., JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 571 e 572).

³⁹ *Summo rigore*, como assinala o emérito Professor CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, no seu *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 119, os habitualmente referidos *deveres* de comunicação e de informação, consagrados nos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, assumem-se, na verdade, como *ónus*, cujo incumprimento determina a consequência desfavorável da não inclusão, no contrato, de cláusulas contratuais (gerais). Sobre os requisitos específicos para a inclusão efetiva das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares, *vide, inter alia*, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1997, p. 16; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, em particular, pp. 59-64.

⁴⁰ O artigo 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, ao impor que as cláusulas devem ser comunicadas de *modo adequado*, mostra-se conforme ao regime da Diretiva 93/13/CEE que, na 1.ª parte do seu artigo 5.º estabelece que “no caso dos contratos em que as

em função da importância do contrato e da extensão e complexidade das cláusulas, por forma a possibilitar ao *aderente de comum diligência o conhecimento antecipado* da existência das cláusulas contratuais que irão integrar o contrato singular, assim como o *conhecimento efetivo e completo* do seu conteúdo⁴¹.

Em substância, o legislador estabelece não só que o predisponente está obrigado à comunicação integral das cláusulas, como impõe regras relativas ao *modus* como as cláusulas devem ser comunicadas, de modo a assegurar-se o desígnio de permitir o conhecimento efetivo e completo do conteúdo das cláusulas pelo aderente⁴².

Como destaca Almeno de Sá, “a comunicação não só deverá ser completa, abrangendo a globalidade das condições negociais em causa, como deverá igualmente mostrar-se idónea para a produção de um certo resultado: tornar possível o real conhecimento das cláusulas pela contraparte.”⁴³

cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível”. Igualmente, ainda que cingindo o seu alcance às relações jurídicas de consumo, o artigo 9.º, n.º 2, alínea a) da Lei de Defesa do Consumidor enfatiza a compreensão acerca do modo (adequado) de cumprimento do dever de comunicação para efeitos do artigo 5.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, ao prescrever que “com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares”, sujeitando a inobservância de tal obrigação ao regime das cláusulas contratuais gerais (n.º 3).

⁴¹ Sublinhe-se que só uma ponderação casuística que leve em consideração todos estes elementos – modo e antecedência da comunicação, importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas –, em conjunto, cumpre o escopo do diploma de possibilitar o “conhecimento completo e efetivo” do clausulado.

Referindo que os vários elementos operam em bloco, *vide*, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 61 e 62.

⁴² Referindo que o critério do modo da comunicação é determinado pela eficácia da comunicação, que se afere pela sua adequação a ser conhecida, de forma completa e efetiva, por um destinatário que use de comum diligência, *vide*, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 60; ainda, em sentido próximo, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro”, *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 315.

⁴³ Cfr., ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, p. 60.

Não obstante, como bem se sublinha no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/12/2018, “o dever de comunicação caracteriza-se como uma obrigação de meios e impõe que o predisponente desenvolva uma atividade que, em função da importância, extensão e complexidade das cláusulas contratuais gerais por si empregues, se revele razoavelmente adequada a que o aderente tome efetivo conhecimento das mesmas, sem que, para tanto, empenhe mais do que uma comum diligência.”⁴⁴.

De todo o modo, esta exigência imposta ao predisponente – de tomar medidas razoavelmente apropriadas, de modo adequado e com a necessária antecedência, com vista ao conhecimento completo e efetivo das cláusulas pelo aderente – tem em conta um destinatário que *use de comum diligência*.

Não se exige, assim, o conhecimento efetivo das cláusulas que estão na base do contrato pelo aderente, mas tão só que sejam criadas as condições para que aqueles as *possa conhecer*, reclamando-se do aderente a assunção de uma *postura diligente*⁴⁵.

⁴⁴ Cfr., ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 857/08.7TVLSB. L1.S2, 19/12/2018.

No mesmo sentido, na doutrina pátria, ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO enfatizam que “o dever de comunicação é uma obrigação de meios: não se trata de fazer com que o aderente conheça efectivamente as cláusulas, mas apenas de desenvolver, para tanto, uma actividade razoável.” (Cfr., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Anotação ao DL n.º 446/85, de 25.10, Almedina, Coimbra, 1993, p. 25).

⁴⁵ Esta ideia está patente em múltiplos arestos jurisprudenciais, *inter alia*:

- o recente ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 22000/18.4T8PRT-A.P1, 27/05/2021: “A apreciação em concreto do cumprimento do dever de comunicação do teor das cláusulas contratuais gerais, na forma como este dever mereceu consagração normativa no artigo 5º do DL. 446/85, de 25 de Outubro, depende não só do tipo de contrato (de teor simples ou mais complexo), do seu objecto e conteúdo, das circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na sua negociação e na sua conclusão, e também da preparação e grau de instrução das partes que nele intervêm, não dispensando, por imposição do princípio da boa-fé, um comportamento leal, correcto e diligente do contraente destinatário da informação.” [sublinhado nosso];
- ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 88/17.5T8VLC.P1, 11/04/2019: “O dever de comunicação que recai sobre quem negocia apresentando à outra parte um contrato com cláusulas gerais, pré-definidas, é uma obrigação de meios, não se exigindo para o seu cumprimento que o contratante, abrangido por tais cláusulas, delas tome conhecimento efectivo, mas que lhe sejam facultadas as condições para, em termos de razoabilidade e actuando com diligência, obter conhecimento sobre o seu conteúdo.”;

Como refere Almeno de Sá, “a imposição ao utilizador deste *onus de comunicação* tem como correlato, do lado do aderente, a necessidade de adopção de uma conduta que possa ter-se como razoável ou exigível”. Acrescenta o mesmo autor que, “tal conduta é aferida segundo o critério abstracto da diligência comum, o que nos reconduz ao cuidado ou zelo normal do tipo médio de agente pressuposto pela ordem jurídica, colocado na situação em causa.” Em consequência, “bem pode suceder que o comportamento do cliente não corresponda àquele padrão de diligência, pelo que se abre a possibilidade de este não vir a ter, de facto, conhecimento real das condições negociais gerais, que vão integrar, não obstante, o conteúdo do contrato singular”⁴⁶.

Com efeito, o destinatário das cláusulas não poderá prevalecer-se de um comportamento passivo e desinteressado, despreocupando-se de aceder ao conteúdo do contrato⁴⁷.

-
- ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 1262/14.IT8VCT-B. G1.S1, 13/09/2016, o qual sustenta que o cumprimento dos deveres pré-contratuais de comunicação e de informação “deve ser assumido na fase de negociação e feito com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração.” [sublinhado nosso];
 - ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, PROCESSO N.º 2679/15.0T8BCL. G1, 18/05/2017, onde se lê que “no que concerne ao dever de informação e comunicação dessas cláusulas, o aderente encontra-se também vinculado ao cumprimento do princípio da auto-responsabilidade, que impõe que adopte um comportamento diligente e activo no sentido de procurar o seu próprio esclarecimento.” [sublinhado nosso].

⁴⁶ Cfr., ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, p. 61.

⁴⁷ Cfr., MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 319.

Neste contexto, em sentido próximo, JORGE MORAIS CARVALHO afirma que “a solução contrária levaria a que fosse sempre mais favorável ao destinatário nada fazer para conhecer as cláusulas, ignorando todos os elementos que lhe fossem transmitidos.” (Cfr., JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 133).

De qualquer forma, por força do n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, impende sobre o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais (o predisponente) o ónus de provar que realizou, de modo adequado e efetivo, a referida comunicação.

Na mesma linha de raciocínio que defendemos a propósito do artigo 5.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, cremos que ao predisponente caberá não tão só o *ónus da prova da comunicação efetiva e adequada de determinada cláusula*, como também o *ónus da alegação de ter cumprido o dever de comunicação*, mesmo que o destinatário da cláusula não invoque a falta ou a deficiência de tal comunicação⁴⁸.

Pese embora se compreenda que é o aderente quem tem interesse em pedir a exclusão de determinada cláusula do contrato, não se pode olvidar que é o predisponente (que a invoca) que tem de provar a sua existência e os factos constitutivos que a tornam eficaz (a eficácia das cláusulas está dependente da sua efetiva e adequada comunicação, sendo, justamente, tal comunicação facto constitutivo do direito invocado pelo predisponente)⁴⁹.

Ademais, importa não esquecer que o artigo 8.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro impõe, sob pena de se considerarem excluídas do contrato, a comunicação das cláusulas nos termos do artigo 5.º. Ora, parece-nos que a solução determinada pelo legislador de exclusão do contrato das cláusulas não efetiva e adequadamente comunicadas pelo

⁴⁸ Neste sentido, *vide, inter alia*, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 195/11.8TBLMG.P1, 13/03/2014: “Recai sobre o contraente que predispõe cláusulas contratuais não negociadas, sob pena de exclusão destas do contrato, não só o ónus da prova como também o da alegação de factos que consubstanciem o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação perante o outro contraente preconizadas nos artigos 5.º e 6.º do DL n.º 446/85.” Porém, em sentido contrário, defendendo o ónus de alegação do predisponente de que comunicou determinada cláusula apenas na hipótese de o aderente invocar a violação do dever de comunicação, *vide*, ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 580/13.0TNLSB.L1.S1, 28/09/2017: “No âmbito dos contratos de adesão, para efeitos de observância do ónus de prova sobre a adequada comunicação e informação de cláusulas gerais neles inseridas, que incumbe ao proponente nos termos do artigo 5.º e 6.º do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, importa distinguir esse ónus do ónus, por parte do aderente, de alegar ou invocar a violação dos deveres de comunicação e informação de cuja *preterição se pretende prevalecer*. Assim, o ónus da prova que recai sobre o proponente pressupõe a invocação, pelo aderente, da violação desses deveres por parte daquele.”

⁴⁹ Cfr., JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 64-65.

predisponente – o que nos remete para o instituto da *inexistência jurídica* – não se coaduna com a imposição ao aderente do ónus de alegar a falta ou a inadequação da comunicação⁵⁰.

Com efeito, em conformidade com a regra de que o ónus da prova deve acompanhar o ónus da alegação (leitura concatenada do artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil e do artigo 5.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), haverá de se concluir que sobre o predisponente incide tanto o ónus da prova, como o ónus da alegação de que cumpriu o dever de comunicação efetiva e adequada de determinada cláusula.

Aliás, se se reparar, o legislador não consagrou, a propósito do dever de informação plasmado no artigo 6.º do diploma, uma norma correspondente ao n.º 3 do artigo 5.º, apesar de a inobservância do dever de informação estar sujeito à mesmíssima consequência jurídica, por força da alínea b) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, o que enfatiza a dispensabilidade do artigo 5.º, n.º 3 e, correlativamente, confirma a regra de que o ónus da prova acompanha o ónus de alegação.

Razões que, a propósito – e, apesar da inexistência de uma norma expressa que preveja o ónus da prova, a cargo do predisponente, do cumprimento do dever de informação –, justificam, a nosso ver, que não poderá vigorar um regime diverso relativo às cláusulas comunicadas com violação do dever de informação⁵¹.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ A propósito do valor das “cláusulas de confirmação” para prova do cumprimento das obrigações de comunicação e de informação, perfilam-se três teses: declaração confessória com força probatória plena (artigo 358.º, n.º 2 do Código Civil); princípio de prova que opera uma inversão do ónus probandi, por força do princípio da autorresponsabilidade; e cláusula inválida (artigos 19.º, alínea d) e 21.º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro). Parece-nos ser de rejeitar, liminarmente, a primeira orientação, mas cremos que também é de afastar a terceira compreensão quando o aderente, não empregando da diligência exigível, negligenciou a preocupação de se inteirar do conteúdo do contrato, não obstante ter sido colocado em condição de poder conhecer efetivamente o seu clausulado. Neste sentido, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, PROCESSO N.º 2679/15.0T8BCL.G1, 18/05/2017, em cujo sumário se lê: “III. No entanto, no que concerne ao dever de informação e comunicação dessas cláusulas, o aderente encontra-se também vinculado ao cumprimento do princípio da autorresponsabilidade, que impõe que adote um comportamento diligente e ativo no sentido de procurar o seu próprio esclarecimento. IV. O aludido princípio justifica ainda que se dê valor à declaração assinada pelo aderente de que conhece e compreende o contrato subscrito, no sentido de inverter o ónus da prova dos factos contrários à declaração (pelo que a

Por conseguinte, sobre o predisponente recai também o *ónus da alegação e da prova de que cumpriu o dever de informação das cláusulas cuja aclaração se justifique*⁵².

Como já se tornou explícito, a par do dever de comunicação, o artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro impõe ao predisponente um *dever de informação*, cuja extensão dependerá das circunstâncias, de molde a permitir ao aderente a *compreensão* do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, sobretudo, dos aspetos técnicos e mais obscuros nelas compreendidos⁵³. Devem, ainda, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, ser prestados todos os *esclarecimentos* razoáveis que sejam solicitados pelo aderente.

Os deveres de comunicação e de informação, enquanto corolários do direito à informação dos consumidores⁵⁴, visam assegurar, por um lado, que o aderente tenha conhecimento da totalidade das cláusulas que integram

prova em contrário do declarado terá que ser feita pelo aderente que invoca que desconhece as cláusulas que integram o contrato ou que essas cláusulas não lhe foram comunicadas, apesar de ter subscrito aquela declaração.” Esta corrente jurisprudencial encontra respaldo na doutrina em ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Banca e Cláusulas Contratuais gerais (Breve apontamento)”, in *Coletânea I Congresso de Direito Bancário*, coord. Miguel Pestana de Vasconcelos, Almedina, 2015, p. 105: “(...) uma declaração dessas, por si só, pode não chegar como meio de prova de que os deveres de informação a que o banco está adstrito foram adequadamente cumpridos. Mas também não pode ficar-se indiferente a ela como se não existisse. Temos entendido a este respeito, que essa declaração inverte, em princípio, o ónus da prova: terá de ser o cliente, que assina uma declaração a dizer que lhe foram prestadas todas as informações de que necessitava, que conhece e compreende o sentido do contrato que celebrou e que está consciente dos riscos que corre, terá de ser o cliente, dizíamos, que assina uma declaração deste teor, a ter de vir a provar o contrário do que afirma nessa declaração. É o princípio da autorresponsabilidade que aconselha esta solução (...)”.

⁵² Na nossa jurisprudência, *inter alia*, o já citado ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 195/11.8TBLMG.P1, 13/03/2014: “Recai sobre o contraente que predispõe cláusulas contratuais não negociadas, sob pena de exclusão destas do contrato, não só o ónus da prova como também o da alegação de factos que consubstanciem o cumprimento dos deveres de comunicação e de informação perante o outro contraente preconizadas nos artigos 5.º e 6.º do DL n.º 446/85.”.

⁵³ Cfr., artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: “O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.”.

⁵⁴ O direito à informação dos consumidores encontra-se consagrado no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 3.º, alínea d), 7.º e 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

o contrato e, por outro lado, que o aderente compreenda efetivamente o conteúdo dessas cláusulas.

Por conseguinte, cada um destes deveres, não obstante a inegável relação de complementaridade que os une, têm sentidos e alcances distintos⁵⁵. Em substância, o dever de comunicação impõe que o proponente transmita ao aderente quais as cláusulas contratuais gerais que irão integrar o contrato, enquanto o dever de informação exige ao proponente o esclarecimento do conteúdo dessas cláusulas, por forma a que a formação da vontade de contratar do aderente seja completa e esclarecida.

Como último requisito necessário para a integração específica das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares, o legislador consagrou, no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a regra da *prevalência das cláusulas especificamente acordadas sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais*, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes⁵⁶.

⁵⁵ Sustentando que os deveres de comunicação e de informação são deveres complementares, mas com alcances distintos, *vide*, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 97; JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93. Na nossa jurisprudência, *vide*, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 928/13.8TJLSB.L1-7, 28/04/2015: «III. Para efeitos da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais previsto no DL 446/85 e suas alterações, o dever de comunicação é distinto do dever de informação: aquele destina-se a dar a conhecer o conteúdo do contrato ao cliente; este visa que o cliente tome adequado conhecimento do conteúdo do clausulado, maxime quando este se mostre ambíguo ou obscuro. IV. O dever de informação que impende sobre o predisponente – e a quem incumbe o ónus do respectivo cumprimento – é independente do dever de prestação de “todos os esclarecimentos razoáveis solicitados” pelo cliente.». Já num sentido diferente, ALMENO DE SÁ perfilha que o dever de comunicação, apesar de aparentemente unitário, envolve duas exigências: “a comunicação integral das cláusulas e a necessidade de proporcionar à contraparte a *possibilidade de uma exigível tomada de conhecimento* do respetivo conteúdo.” (Cfr., ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 234). Neste último sentido, na nossa jurisprudência, *vide*, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 928/13.8TJLSB.L1-7, 28/04/2015: “Para efeitos da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais previsto no DL 446/85 e suas alterações, o dever de comunicação é distinto do dever de informação: aquele destina-se a dar a conhecer o conteúdo do contrato ao cliente; este visa que o cliente tome adequado conhecimento do conteúdo do clausulado, maxime quando este se mostre ambíguo ou obscuro.”.

⁵⁶ Cfr., artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: “As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes.”.

A esta regra subjazem razões de lógica e coerência. De acordo com António Pinto Monteiro, parte-se da premissa de que as cláusulas que tenham sido objeto de um acordo específico entre as partes exprimem melhor do que as cláusulas contratuais gerais, tendo em conta a forma particular como nestas o acordo é obtido, um *efetivo consenso*⁵⁷.

4.2.2. Cláusulas excluídas dos contratos singulares e subsistência dos contratos singulares

Como é consabido, a finalidade do regime jurídico em apreço é evitar a sujeição do subscritor a cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas, ou que tendo sido comunicadas, o foram com violação do dever de informação, com evidente prejuízo para o conhecimento efetivo do aderente⁵⁸.

Quando tal ocorre, nos termos do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a consequência consiste na *exclusão das cláusulas dos contratos singulares*. Solução que se mostra conforme com o espírito do regime, pois, “se determinada cláusula não chega ao conhecimento daquele a quem é dirigida ou não é por ele entendida no seu verdadeiro alcance, não pode produzir nenhum efeito contratual”⁵⁹, o que nos conduz (como referido *supra*) para o *instituto da inexistência jurídica*, a qual é de conhecimento oficioso⁶⁰.

⁵⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 750.

⁵⁸ Cfr., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 750.

⁵⁹ Cfr., JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 110.

⁶⁰ Cfr., *inter alia*, o recente ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, Processo n.º 12753/19.7YIPRT.L1-2, 27/05/2021: “A exclusão das CCG, imposta pelo art. 8.º da LCCG, resulta de uma inexistência jurídica, que é um vício mais grave que a nulidade. Sendo a nulidade de conhecimento oficioso (art. 286.º do CC), também a inexistência o deve ser, razão pela qual se deve conhecer de tal questão em sede de recurso (questão nova), ainda que o não tenha sido na 1.ª instância.” Não se trata, porém, de uma posição unânime. A propósito, sobre a

A mesma consequência jurídica é ditada para as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem *despercebidas* a um contratante normal, colocado na posição do contratante real e, ainda, para as *cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura* de algum dos contratantes⁶¹.

Estão em causa as comumente designadas *cláusulas surpresa* (as *Überraschende Klauseln* do direito alemão). Trata-se de obstar a que se façam valer, perante o subscritor, cláusulas que desencadeiam, justificadamente, *reações de surpresa*, por não lhe ser exigível, pela forma artificiosa com que as mesmas foram apresentadas, o seu conhecimento efetivo, independentemente da sua comunicação prévia. Em substância, está em causa a tutela da confiança do destinatário que, legítima e justificadamente, confiou num conteúdo diferente do real, em decorrência do comportamento fraudulento do predisponente⁶².

De todo o modo, em qualquer dos casos em que as cláusulas contratuais gerais não respeitem os requisitos necessários à sua inclusão nos contratos singulares, a consequência plasmada no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro é a de excluir tais cláusulas do contrato singular, *conservando-se o contrato na parte restante e vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis*, com recurso, se necessário, às *regras de integração dos negócios jurídicos*, previstas no artigo 239.º do Código Civil⁶³.

questão da (não) suscetibilidade de conhecimento oficioso, em sede de recurso, da violação dos deveres de comunicação e de informação, e em sentido negativo, veja-se, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, Processo n.º 229/19.8T8PTL.G1, 03/12/2020: “Tendo os autores baseado a sua pretensão na ressalva de uma cláusula contratual excludente que defenderam ser aplicável ao sinistro e interpretaram no sentido de fundamentar a obrigação da ré seguradora, mas tendo tal pedido sido julgado improcedente por não ter sido acolhida tal interpretação nem, por isso, aplicada a cláusula invocada mas antes no sentido de afastar a responsabilidade da seguradora, não podem eles, em recurso, invocar que, em relação à mesma, não foram cumpridas por esta os deveres de comunicação e de informação estabelecidos nos art.ºs 5.º e 6.º, do RCCG, para a retirar das Condições Gerais. Trata-se de questão nova que não é de conhecimento oficioso na fase de recurso.”.

⁶¹ Cfr., artigo 8.º, alíneas c) e d) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, respetivamente.

⁶² Cfr., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), p. 751.

⁶³ É essa a solução ditada pelo artigo 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Sem prejuízo, porém, impõe-se a *nulidade do contrato singular* nos casos em que a utilização daqueles elementos não impeça, ainda assim, uma *indeterminação insuprível de aspetos essenciais* ou um *desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé*⁶⁴⁻⁶⁵.

4.2.3. A interpretação e a integração das cláusulas contratuais gerais e a regra *in dubio contra stipulatorem*

Encerrando as modalidades de controlo efetuado ao nível da formação do contrato, o capítulo III dispõe sobre a *interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais*.

O artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro prevê o *princípio geral* nesta matéria, consagrando que as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos⁶⁶, mas sempre dentro do *contexto de cada contrato singular em que se incluem*.

Decorre deste princípio geral que a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais não se faz em abstrato, considerando as cláusulas fora do contexto do contrato singular em que se inserem. De modo diverso, apela-se à consideração das *particularidades da situação concreta*, ditando a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais sempre dentro do *contexto de cada contrato singular em que se incluem*⁶⁷.

Como refere Almeno de Sá, “neste polémico debate entre “interpretação objectiva” e “interpretação individual”, o legislador optou claramente pela segunda (...). Recusa-se uma interpretação das condições gerais que obedeça a critérios típicos, uniformes ou generalizantes, consagrando-se ao invés uma orientação que atende à diversidade de circunstâncias e momentos do

⁶⁴ Sobre o “desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé”, *vide*, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (2000), pp. 585-586.

⁶⁵ Cfr., artigo 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

⁶⁶ As regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos encontram-se nos artigos 236.º a 239.º do Código Civil.

⁶⁷ Neste sentido, *vide*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), pp. 751 e 752.

caso singular, à sua configuração específica e às representações individuais dos contraentes.”⁶⁸.

De outra banda, o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro vem consagrar duas regras acerca (aparentemente, dada a sua epígrafe) das *cláusulas ambíguas*.

A primeira regra, presente no n.º 1 do referido preceito legal, exprime a *doutrina da impressão do destinatário*⁶⁹, ao estabelecer que “as cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real”.

No que diz respeito a esta previsão legal, impõem-se duas considerações.

Uma primeira, para dar nota de que, se no artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro se encontra plasmada a teoria da impressão do destinatário, a qual é igualmente adotada no artigo 236.º do Código Civil, parece existir uma repetição face ao artigo 10.º do mesmo diploma, que remete para as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos⁷⁰.

Em segundo, o preceituado no n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (ou, o que parece ser o mesmo, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), não reveste uma verdadeira regra sobre cláusulas ambíguas. Pois, para as cláusulas ambíguas vale a regra consagrada no n.º 2, a qual consagra o designado princípio *in dubio contra stipulatorem*⁷¹.

⁶⁸ Cfr., ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 66.

⁶⁹ Como nos ensina MANUEL DE ANDRADE, “parte-se do princípio de que o declaratório teve conhecimento das circunstâncias que na verdade conheceu, e ainda de todas aquelas outras que uma pessoa razoável, posta na sua situação, teria conhecido; e figura-se também que ele ajuizou dessas circunstâncias, para entender a declaração, tal como teria ajuizado uma pessoa razoável.” (Cfr., MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1987, p. 309).

⁷⁰ Assim, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 150.

⁷¹ Cfr., o n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro: “Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente”. Esta previsão legal visa a transposição da segunda parte do artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE, onde se preceitua que “em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor.”.

Mas, será mesmo assim? Ou será que se quis consagrar duas espécies distintas de cláusulas ambíguas (*ambiguidades sanáveis* e *ambiguidades insanáveis*)?

Neste sentido depõe Almeida Costa que, na sua *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais*, sustenta que “quanto à interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais, verifica-se uma remissão implícita para os critérios dos artigos 236º e segs. do Código Civil, que levam a ter em consideração cada contrato singular (artigo 10º). Às cláusulas ambíguas atribui-se o entendimento do aderente normal (artigo 11º, nº 1); porém, o risco de uma ambiguidade insanável corre contra a parte que as utiliza (artigo 11º, nº 2).”⁷².

Com o devido respeito, tal construção não nos parece razoável. Quanto a nós, cremos que a regra do nº 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro traduz uma *regra subsidiária* face ao disposto no nº 1 do mesmo preceito: nas *situações de dúvida*, não sendo possível determinar com algum grau de certeza ou segurança o sentido das cláusulas com recurso às regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos, as mesmas devem ser *interpretadas no sentido mais favorável ao aderente*⁷³.

Em conformidade, como se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 03B1384, 09/10/2003, “a nossa lei consagrou, em matéria de interpretação das declarações negociais, a teoria da impressão do destinatário, sendo certo que o sentido interpretativo e, antes ainda, a própria actividade de interpretação, não sofrem qualquer sensível modificação pelo

⁷² Cfr., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1997, p. 17.

⁷³ De acordo com ALMENO DE SÁ, “trata-se de um auxiliar hermenêutico [já conhecido do Código Civil Italiano (artigo 1370.º)], cujo núcleo de sentido se traduz, substancialmente, em fazer prevalecer os interesses do cliente sobre os interesses do utilizador. Esta prevalência radica na ideia de que é justo responsabilizar-se o utilizador pelo conteúdo das suas condições gerais: introduzindo unilateralmente no regulamento contratual cláusulas predispostas, sem possibilidade de influência por parte do cliente, caber-lhe-á suportar o risco de uma possível ambiguidade.” (Cfr., ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 67). No mesmo sentido, ARAÚJO BARROS refere que o princípio *in dubio contra stipulatorem* visa, além da proteção da parte mais fraca da relação contratual, um princípio de responsabilização, devendo “ser o fator da cláusula a arcar com os inconvenientes de a não ter formulado em termos inequívocos” (Cfr., JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 151).

facto de as declarações negociais se reportarem a cláusulas contratuais gerais, excepto se o resultado da interpretação conduzir a um resultado ambíguo ou duvidoso, caso em que se optará pelo sentido mais favorável ao aderente.”

4.3. Reposição do equilíbrio material entre aderente e predisponente e o controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais

Superado o crivo da verificação dos requisitos formais de que depende a inclusão das cláusulas contratuais gerais no contrato singular, a produção de efeitos jurídicos por cada uma das condições gizadas pela entidade predisponente encontra-se, ainda, sujeita a um controlo de avaliação da conformidade do seu conteúdo à luz do princípio da boa-fé, entendido no sentido de respeito por um dos valores fundamentais do Direito dos Contratos, qual seja o da manutenção do equilíbrio das prestações contratuais.

É, assim, sob o manto protetor da boa-fé, entendida em sentido objetivo, que o legislador português, inspirado pela AGB-Gesetz alemã, de 9 de dezembro de 1976 (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*, entretanto integrada nos § 305 a 310 do BGB), instituiu, no Capítulo V do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, um sistema de fiscalização do clausulado contratual tendente a obstar a que o proponente das condições gerais, prevalecendo-se da posição de vantagem que aprioristicamente decorre da faculdade que lhe assiste, em exclusivo, de modelação do conteúdo da relação jurídica, imponha um desequilíbrio de prestações a seu favor, do qual resulte a obtenção de uma vantagem injustificável, à custa do aderente⁷⁴.

À semelhança da lei alemã, o nosso regime jurídico das cláusulas contratuais gerais opera uma distinção entre cláusulas absolutamente proibidas (artigos 18.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro) e cláusulas relativamente proibidas (artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)⁷⁵, constituindo as primeiras “listas negras” exemplificativas

⁷⁴ JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 171.

⁷⁵ Como assinala JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, em *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007, p. 102, “este processo misto de normação, inaugurado pela correspondente lei alemã (a AGB – Gesetz, de 1976), visa recolher em si as vantagens dos dois distintos

de estipulações contratuais que, por afrontarem normas legais imperativas vigentes na nossa ordem jurídica, se consideram sempre desconformes aos ditames da boa-fé, enquanto as segundas compõem “listas cinzentas” de condições gerais, também meramente enunciativas, que, em função de uma valoração do “quadro negocial padronizado”, podem ou não abalar o equilíbrio de interesses em confronto, em detrimento da contraparte do predisponente⁷⁶.

Em relação a qualquer um dos elencos de cláusulas proibidas, preside, como já exaltámos, a preocupação suprema de preservação do equilíbrio das posições jurídicas das partes que dimana do conceito normativo de boa-fé enquanto regra de conduta, pelo que a opção legislativa de enunciação, de forma não taxativa, de cláusulas que se devem reputar de abusivas obedece a um propósito essencialmente pedagógico, sendo um auxiliar – valioso, é certo – ao serviço do intérprete-aplicador para uma “utilização conjunta dos dois tipos de dispositivos legais – *cláusula da boa fé* [artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro] e *proibições específicas* – em complementação recíproca das suas específicas virtualidades, atentas as interações que entre ambos se estabelecem”⁷⁷.

A este entendimento não se opõe a redação da norma do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE, quando postula que “[u]ma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, *a despeito da exigência de boa-fé*, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato” [itálico e sublinhado nossos]. Embora se admita que, numa leitura mais apressada da redação da norma ora em análise, se poderia concluir que o legislador europeu não faz radicar a abusividade de uma cláusula nos postulados ético-jurídicos determinados pela boa-fé (o que se traduziria numa compreensão diametralmente oposta daquela

modos de legislar, combinando harmonicamente a ductilidade e a adequação próprias de uma cláusula geral com a certeza e a segurança garantidas por previsões de contornos mais precisos”.

⁷⁶ A distinção intuitiva entre “listas negras” e “listas cinzentas” é realizada em ANTÓNIO ALMEIDA, “*Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual*”, in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, n.º 2, 1998, p. 304.

⁷⁷ ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 2438/10.6YXLSB.L1.S1, 08/10/2015.

que resulta das redações oficiais em língua alemã⁷⁸ e em língua inglesa⁷⁹ da Diretiva), cremos que, de forma mais atenta, a melhor compreensão do sentido do segmento acima em destaque – e a única que salvaguarda a proposição, incontornável, segundo a qual uma disparidade sensível no feixe de direitos e obrigações de aderente e predisponente, em desfavor do primeiro, é atentatória da boa-fé objetiva – passa por assumir que o mesmo se reporta à noção de boa-fé subjetiva ou psicológica, com o propósito de declarar, *expressis verbis*, que a qualificação de uma cláusula como abusiva não depende da consciência ou convicção do proponente de adoção de um comportamento desconforme ao Direito⁸⁰.

Como tal, apesar de a parte final das normas dos artigos 17.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro distinguir entre as proibições constantes das secções em que se integram (Secções II e III) e as da secção (Secção I) onde se consagra o princípio da boa-fé, não deve perder-se de vista que todas as proibições (absolutas e relativas) previstas emanam da “disposição comum” do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a qual vale *per se* e é passível de aplicação direta e imediata, não só em relação a cláusulas omissas dos catálogos, como também a cláusulas proibidas apenas nas relações com os consumidores finais, quando convencionadas em contratos de adesão cujos outorgantes não respeitem o âmbito pessoal de aplicação das disposições dos artigos 21.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e, ainda, a cláusulas situadas em áreas abrangidas pelas proibições absolutas, que, contudo, não preencham as respetivas previsões⁸¹.

⁷⁸ “Artikel 3 (1) Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.” [negrito nosso].

⁷⁹ “Article 3.1. A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.” [negrito nosso].

⁸⁰ Neste sentido, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, pp. 173-176.

⁸¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de outubro)”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1992, p. 5, nota 9.

Por conseguinte, embora a prática jurisprudencial amiúde não o reflita da melhor forma, um órgão jurisdicional, quando conheça da validade de uma cláusula contratual geral, a pedido de um interessado ou oficiosamente (artigos 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e 286.º do Código Civil), não deve quedar-se pelo exercício de subsunção da concreta estipulação constante de contrato singular posta em crise às hipóteses normativas dos catálogos de cláusulas absoluta e relativamente proibidas, antes devendo aquilatar se, para lá do resultado de tal operação lógica, a cláusula sob escrutínio excede os limites da boa-fé.

Por outro lado, diversamente da Diretiva 93/13/CEE, o nosso Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não se limita a disciplinar o conteúdo material das cláusulas das relações jurídicas de consumo, ou seja, os contratos concluídos entre profissional (vendedor de bens ou prestador de serviços no exercício da sua atividade) e consumidor (entendido em sentido jurídico-formal e de acordo com um princípio de interpretação conforme ao Direito Europeu do Consumo⁸², i.e., a pessoa singular que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional (artigo 2.º, als. a) e b) da Diretiva)). Na verdade, como decorre do preceito do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, as proibições da Secção II (sob a epígrafe “Relações entre empresários ou entidades equiparadas”) regem as “relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou coletivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica”, o mesmo é dizer, na aceção acima consignámos, as relações entre profissionais, bilateral e subjetivamente mercantis. Ademais, de acordo com o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, as proibições da Secção III e, também, aquelas previstas na Secção II aplicam-se não só às “relações com os consumidores finais”, mas também a “todas as não abrangidas pelo artigo 17.º”, o que, por outras palavras, significa que a previsão normativa do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro abarca os contratos pré-elaborados que se destinam a consumidores *hoc sensu* e, bem assim, a profissionais, pessoas singulares ou coletivas, que intervêm como aderentes no vínculo negocial desprovidos dessa qualidade ou fora do âmbito da sua atividade específica.

⁸² JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Almedina, 2019, pp. 51-56.

4.3.1. Cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas. Em especial, o sentido da referência legal ao “quadro negocial padronizado” nos artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro

Isto posto, depois de uma breve explanação da estrutura e âmbito de aplicação do sistema de controlo do conteúdo dos contratos celebrados por recurso a cláusulas contratuais gerais, importa, agora, desenvolver um esforço acrescido de densificação da distinção binária entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas, deslocando o nosso enfoque, em particular, para as segundas, assumindo a tarefa de deslindar o sentido e alcance da referência ao “quadro negocial padronizado” nos artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, servindo-nos, para o efeito, *brevitatis causa*, de apenas uma das previsões de proibição relativa com maior relevância prática.

Destarte, enquanto as cláusulas absolutamente proibidas, por contederem, sempre e em qualquer situação, com interesses indisponíveis, de ordem pública, tutelados por normas legais inderrogáveis pelas partes, abalando, de modo intolerável, a manutenção do equilíbrio contratual, não podem, em qualquer circunstância, validamente subsistir no regulamento contratual genericamente predisposto, já as cláusulas relativamente proibidas não se encontram *a priori* fulminadas com um juízo valorativo intrínseco desfavorável que afaste, de todo em todo, a sua permanência no programa contratual, podendo mostrar-se válidas para determinados contratos e inválidas para outros, o que se determina por referência ao “quadro negocial padronizado” em que o contrato concluído entre as partes se integra.

Ora, no encaço do que imediatamente antecede, logo ocorre a seguinte questão: a classificação de uma cláusula como relativamente proibida depende de uma valoração em função do contrato singular e/ou das circunstâncias do caso concreto, mormente atendendo aos interesses individuais de predisponente e de aderente, ou deve, antes, assentar na consideração do tipo de negócio em causa e nos interesses típicos do círculo de pessoas normalmente implicadas em negócios da mesma espécie⁸³, aferindo da sua adequação no contexto específico do ramo ou setor de atividade do

⁸³ ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição revista e aumentada, Almedina, 2001, pp. 259-260.

proponente? Desde já se adianta, sem prejuízo das considerações que discorreremos *infra*, que, em regra, o juízo valorativo não deve operar perante o contrato *uti singuli* e as circunstâncias que rodearam a formação do concreto contrato-modelo, das quais se deve, de modo diverso, abstrair, para considerar, tão-só, segundo um critério eminentemente objetivo, as próprias cláusulas do contrato, encaradas em si e no seu conjunto, e os elementos que normativamente o caracterizam, no seio do todo do regulamento pré-elaborado pelo utilizador de cláusulas contratuais gerais (artigo 16.º, alíneas a) e b), *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)⁸⁴.

Retomando, ainda que sumariamente, as características que notabilizam a figura do contrato de adesão, já vimos que o mesmo se pauta pela generalidade e pela rigidez, isto porque o contraente predisponente, enquanto parte economicamente mais forte, exerce, unilateralmente, a liberdade de conformação contratual, e confere ao contraente mais débil apenas a liberdade de aceitar ou não o conjunto das cláusulas com a redação que é oferecida, em massa, a uma pluralidade de sujeitos indeterminados interessados. Como tal, com a disciplina das cláusulas contratuais gerais conformou-se a malha normativa do “*especial dever de moderação no exercício unilateral da liberdade de estipulação*” que a boa-fé impõe ao predisponente⁸⁵, por forma a impedir que o mesmo, aproveitando-se da sua posição de proeminência relativamente aos aderentes, submetta a generalidade dos destinatários a um mesmo quadro negocial que distorça, em prejuízo destes últimos, o equilíbrio da composição de interesses. Donde, quando o

⁸⁴ ALMENO DE SÁ, *ibidem*; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 1990, p. 46. Na jurisprudência, secundando o ensinamento de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, p. 594, *vide*, por todos, o ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 21 DE MARÇO DE 2006 (RELATOR: ALVES VELHO), *in Coletânea de Jurisprudência/STJ*, Ano XIV, Tomo I, pp. 145-147: «O juízo valorativo sobre a proibição das cláusulas tem de se operar em função das cláusulas tomadas na sua globalidade e de acordo com a generalidade dos padrões considerados, na sua “compatibilidade e adequação ao ramo ou sector da atividade negocial a que pertencem”, excluindo-se uma justiça do caso concreto, como resulta da aludida referência ao “quadro negocial padronizado”».

⁸⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões Decorrentes da Transposição da Directiva sobre as Cláusulas Abusivas”, *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, pp. 230-231.

legislador, nos termos dos artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, submete a eventual declaração de nulidade de uma cláusula à luz do “quadro negocial padronizado”, está a incumbir o aplicador das referidas normas da tarefa de avaliação da proporcionalidade e adequação da cláusula segundo o critério do modelo geral de contrato em que a mesma se insere, abstraindo-se, portanto, de quaisquer vicissitudes fáticas que respeitem aos concretos sujeitos do negócio (em especial, à pessoa do aderente) e ao específico contrato que os liga, sejam elas concomitantes ou posteriores à conclusão do vínculo jurídico⁸⁶.

Uma ressalva importa, contudo, fazer em relação aos contratos individualizados, previstos no segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE e no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. O facto de alguns elementos de uma cláusula ou a própria cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual ou, pelo menos, de adaptação às características do concreto aderente deve influir, de forma complementar, no exame do eventual abuso de liberdade de fixação do conteúdo do contrato por parte do utilizador de cláusulas contratuais gerais, avaliado e ponderado segundo o nível de confiança gerado no destinatário “pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular [e] pelo teor deste” e, bem assim, à luz de eventuais objetivos particulares, conhecidos do predisponente, que a contraparte do utilizador de cláusulas contratuais gerais vise atingir com a

⁸⁶ A este propósito, refere JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, em *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pp. 107-108, nota de rodapé 13, que “[o]s interesses a contrapor não são, assim, os interesses particulares das partes concretamente actuantes, mas os interesses típicos do círculo de contraentes que habitualmente participam naquela espécie de negócio. Mas esta ótica supra-individual e generalizadora não impõe um nivelamento abstractizante em termos absolutos, estando, pelo contrário, aberta a diferenciações entre grupos de casos, assentes em critérios de distinção objectivos. Daí que (...) [p]ara além do tipo de contrato (a que caberá, naturalmente, um peso decisivo), outros factores há a considerar, interessando designadamente conhecer a natureza do bem a prestar, se, mormente na compra e venda, é novo ou usado (com reflexos, sobretudo, no regime da garantia), a situação do mercado na área em que o negócio se integra, o ramo económico (com os seus usos próprios), a qualidade de comerciante ou de consumidor quanto às proibições relativas de aplicação geral (art. 19.º), e, nas relações mercantis, o estágio de produção ou comercialização e a dimensão empresarial. Estes, entre outros, os elementos atendíveis, como componentes do «quadro negocial padronizado» a que a lei se refere.”

celebração do negócio (artigos 16.º, alíneas a) e b), 1.ª parte do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

4.3.1.1. *O caso particular das cláusulas que “consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir” (artigo 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)*

Para melhor compreensão do significado da aferição da validade de uma cláusula “consoante o quadro negocial padronizado”, a qual, como deixamos consignado, afasta a busca de uma justiça do caso concreto, vamo-nos servir da hipótese preceituada na alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, relativa às cláusulas contratuais gerais que “consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir”. Entendemos, todavia, que, em momento prévio, se afigura conveniente dedicar algumas breves linhas ao instituto da cláusula penal e ao preenchimento do conceito (relativamente) indeterminado de desproporcionalidade a que o legislador faz apelo para limitar a validade da cláusula.

- a) As modalidades de cláusula penal abarcadas pela previsão do artigo 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro

Nos artigos 810.º a 812.º do Código Civil, encontra-se prevista e regulada a figura da cláusula penal indemnizatória⁸⁷, uma estipulação negocial por via da qual as partes fixam *a forfait* (i.e., de modo antecipado) o montante da indemnização devida por aquele que não cumprir definitivamente a prestação devida a que se encontra adstrito ou, pelo menos, não a

⁸⁷ Utilizamos, aqui, a classificação tripartida das modalidades de cláusula penal – *cláusula penal indemnizatória, cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória e cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita*, que podemos encontrar, *inter alia*, em NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar. Cláusulas Penais*, 2.ª edição, Almedina, 2005, pp. 63 e ss. e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, n.º 3972, pp. 177 e ss.

cumprir exatamente nas condições devidas (cumprimento defeituoso)⁸⁸. Não se ignorando que a cláusula penal pode conferir ao credor o direito a exigir ao devedor inadimplente o pagamento de uma *pena compulsória*, de montante superior ao valor da indemnização devida⁸⁹, nos termos gerais da responsabilidade civil contratual, pelos danos sofridos, seja na modalidade de *cláusula penal em sentido estrito* (que constitui uma obrigação com faculdade alternativa *a parte creditoris*, adquirindo o credor o direito a uma prestação substitutiva do cumprimento ou da indemnização pelo não cumprimento⁹⁰), seja na modalidade de *cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória* (que acresce ao cumprimento ou à indemnização pelo incumprimento, visando exclusivamente compelir o devedor ao cumprimento da obrigação), em caso de dúvida sobre a espécie concretamente estipulada, “(...) a cláusula penal deve ser qualificada como cláusula de fixação antecipada do valor da indemnização, por ser essa a figura expressamente prevista na lei e, como tal, a não ser quando de forma segura ou inequívoca as partes acordem diferentemente, a figura supletivamente tida em mente pelas partes e que mais preserva o equilíbrio contratual”⁹¹.

⁸⁸ Como bem se concluiu no ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, Processo n.º 127631/16.8YIPRT.L1-6, 20/02/2020, “(...) as cláusulas penais não encerram a estipulação de prestações principais de obrigações pecuniárias de quantidade, constituem cláusulas acessórias que determinam o pagamento de obrigações de valor substitutivas da prestação principal ainda que estabelecidas em quantidade”, pelo que “(...) o procedimento de injunção não é o meio processual adequado para cobrança de quantias resultantes da fixação de cláusulas penais, sejam de índole indemnizatória ou tenha natureza compulsória.”

⁸⁹ Em comunicação realizada no Supremo Tribunal de Justiça a 18.05.2017, no âmbito do *II Colóquio sobre o Código Civil – Comemorações do Cinquentenário*, e intitulada “O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão – Diálogos com a jurisprudência”, depois de realçar a “(...) a índole invariável da cláusula penal [que] sempre se admitiu, *urbi et orbi*, residir no carácter *forfaitaire* da cláusula penal (...)”, acrescentou ANTÓNIO PINTO MONTEIRO que a “(...) a função coercitiva ou compulsória da cláusula penal (...) sempre (...) pressuporá que a pena deva constituir um incentivo ao cumprimento do contrato, o que deixará de suceder se o devedor souber, à partida, que nunca lhe pode ser exigido mais do que o valor da indemnização pelos danos sofridos pelo credor!”

⁹⁰ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 928.

⁹¹ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 91046/11.0YIPRT.P1, 07/11/2013.

Ante o ora exposto, rapidamente se conclui que deve ter-se por equívoca⁹² a tese, já ultrapassada⁹³, segundo a qual se consideraria que todas as modalidades da cláusula penal se reconduziam a uma figura unitária com uma dupla função – indemnizatória e compulsória – e uma natureza mista. Até porque, no bom rigor dos conceitos jurídicos e em obséquio à conservação do ineliminável enlace entre o conceito de *indemnização* e o conceito de *dano* (ou de *prejuízo*), importa não confundir a *indemnização* com a *pena compulsória*, pois “(...) a função coercitiva não é prosseguida através de uma soma indemnizatória (...)”⁹⁴, de uma cláusula penal indemnizatória, sendo que, nesta espécie de pena convencional, “(...) a álea a que as partes se sujeitaram, inerente a uma liquidação prévia da indemnização, reporta-se ao valor da mesma, não a um pressuposto fundamental, que, a não existir, faz com que a liquidação careça de sentido: o dano”⁹⁵.

Neste seguimento, recuperando, de novo, a redação da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, quando o legislador dispõe que, dentro do “quadro negocial padronizado”, são proibidas “as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais *desproporcionadas aos danos a ressarcir*” [itálico nosso], cremos, desde logo, que tal previsão não abarca as cláusulas penais exclusivamente compulsória-sancionatórias, visto que, nestas, pela sua própria natureza, inexistente qualquer preocupação de conservar uma relação entre a *pena* e os *danos* efetivamente sofridos pelo lesado⁹⁶. A manifesta desproporcionalidade da pena convencional prende-se, somente, com a finalidade de impelir o devedor a não incorrer numa situação de incumprimento, pelo que, à semelhança do que se extrai da solução normativa do n.º 5 do § 309 do BGB, forçoso é concluir, *a fortiori*, que, no âmbito de um contrato de adesão, a estipulação de uma cláusula penal da espécie ora em apreço é absolutamente proibida, por

⁹² NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar. Cláusulas Penais*, 2.ª edição, Almedina, 2005, p. 69.

⁹³ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, PROCESSO N.º 92/14.5TVLSB.C1, 03/11/2015.

⁹⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, pp. 611-612.

⁹⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, p. 584.

⁹⁶ Como sintetiza MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, no seu *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, 2016, pp. 794-795, com a estipulação de cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória, “as partes pretendem que a pena acresça à execução específica ou à indemnização calculada nos termos gerais”.

violação intolerável do princípio da boa-fé (artigos 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro)⁹⁷.

Firmando-se, desta forma, que a factispécies da norma da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro apenas compreende as cláusulas penais indemnizatórias e as cláusulas penais em sentido estrito, importa, neste momento, conhecer do segundo aspeto preliminar determinante para a posterior realização do juízo valorativo à luz do “quadro negocial padronizado”, o qual se reconduz ao específico critério de desproporcionalidade entre a pena convencional e os danos realmente infligidos ao titular de direito contratual que subjaz à situação-tipo de cláusula relativamente proibida ora sob análise.

b) O critério da *desproporcionalidade* entre a pena convencional e os danos a ressarcir

De acordo com o n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE, cuja redação, por facilidade expositiva, aqui se recupera, “[u]ma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um *desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor*, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato” [itálico nosso]. Apontando no mesmo sentido de exigência de uma desigualdade material sensível, a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho prescreve que “[c]om vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem *significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*” [itálico nosso].

Em face da redação que assumem as normas europeia e nacional acima transcritas, se dúvidas não se colocam, por força da própria *ratio legis* que preside ao regime das cláusulas contratuais gerais, que a putativa desproporcionalidade da pena convencional só relevará quando importe um desvirtuamento da composição de interesses em sentido desfavorável para o aderente, maiores incertezas se levantam, aparentemente, quanto

⁹⁷ Assim se pronuncia JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, em *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2010, pp. 233-235.

à suficiência de uma desproporcionalidade de pequena monta para, num espírito de preservação da desejável coerência e unidade do sistema jurídico, se ter por preenchida a previsão da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Sem embargo, diante da controvérsia que gira em torno da exigência (ou não) de um grau de desproporcionalidade substancial entre a pena e os prejuízos sofridos pela contraparte do utilizador de cláusulas contratuais gerais, tendemos a assumir posição no sentido da suficiência de um desfazamento, ainda que diminuto, entre o *quantum* da pena convencional (ou o seu equivalente pecuniário, quando a prestação tenha outra natureza) e o valor daquele que é o *pressuposto* e *limite* de uma indemnização: o dano.

Seguindo de perto a corrente jurisprudencial que se formou a partir do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 8518/2006-1, 16/01/2007, com base no ensinamento de Joaquim de Sousa Ribeiro que aqui também convocamos, “(...) a cláusula penal comporta (...) consideráveis riscos para o devedor, sendo das que potencialmente mais se presta à imposição de gravames injustificados (...)”, porquanto “(...) a coberto de uma das linhas funcionais da figura – a de estimular o cumprimento voluntário das obrigações assumidas, em reforço da sua eficácia vinculativa – o credor é facilmente tentado a exigir, a título de pena convencional, uma prestação de valor arbitrariamente excessivo, sem qualquer relação com o dever violado e as suas consequências danosas”⁹⁸. E prosseguindo com o mesmo autor: “[j]á presente nos próprios contratos negociados – justificando aí as providências excepcionais previstas nos arts. 812.º, 935.º e 1146.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil – esse risco é, naturalmente, muito acrescido nos contratos com base em cláusulas contratuais gerais dada a unilateralidade da estipulação”, “[d]á a necessidade imperiosa de restringir, neste campo, a liberdade de conformação do predisponente”⁹⁹, sendo precisamente esse o desiderato que norteia a consagração da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

⁹⁸ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de outubro)”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1992, pp. 46-47.

⁹⁹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 47.

Ora, embora o artigo 812.º do Código Civil, inserido sistematicamente na disciplina que regula especificamente o instituto da cláusula penal, autorize o Tribunal, a pedido do devedor interessado¹⁰⁰, a reduzir a cláusula penal (*rectius*, a pena nela estipulada), “de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva”, somos em crer que a aplicação desta solução legal a um negócio que se revele no contexto da contratação de massas se afigura desajustada¹⁰¹, porque a mesma se encontra vocacionada para os casos em que a estipulação da cláusula penal resultou de uma verdadeira negociação entre as partes outorgantes, tanto assim que, em coerência, apenas se abre a porta à redução equitativa da pena na eventualidade de uma desproporção manifesta entre a pena pré-determinada e montante dos prejuízos do credor, a ponto de se considerar a “(...) prestação convencionada (...) claramente inequitativa, por penalizar, de forma notoriamente excessiva, o obrigado”¹⁰².

De modo diverso, como já vimos exaltando amiúde, nos contratos celebrados com recurso à técnica das cláusulas contratuais gerais, “(...) o controlo do conteúdo é um dado normal do regime a que o seu utilizador tem que se submeter, como contrapartida das vantagens que recolhe da predisposição e uniformização dos termos contratuais”, pelo que, alinhando com a posição de Joaquim de Sousa Ribeiro, “[n]este diferente contexto teleológico e valorativo, onde imperam mais apertados limites de conformação, não será de estranhar que um desvio, mesmo não especialmente gravoso, à medida previsível do dano possa fundamentar um juízo negativo e a oposição do legislador”¹⁰³.

¹⁰⁰ De acordo com o entendimento doutrinal e jurisprudencial dominante, sob pena de violação do princípio da proibição do julgamento *ultra petitem* (artigos 608.º, n.º 2, 609.º, n.º 1 e 615.º, n.º 1, als. d) e e), todos do Código de Processo Civil), a cláusula penal não pode ser reduzida oficiosamente, dependendo de pedido, formulado nesse sentido, pelo devedor interessado, por via de ação ou reconvenção ou por via de defesa por exceção, a deduzir na contestação. Assim, na doutrina, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º)*, 3.ª edição, Coimbra Editora, p. 81 e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, pp. 736-737; na jurisprudência, por todos, o recente ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO n.º 1340/18.8T8CSC.L1-7, 08/06/2021.

¹⁰¹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 1990, p. 47.

¹⁰² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁰³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 52.

Neste conspecto, existindo, de facto, fundamentos ponderosos para uma diferença de graduação da desproporcionalidade das penas julgada ilícita nos contratos paritários e nos contratos de adesão, na medida em que, nos segundos, qualquer acréscimo à indemnização que seria devida, nos termos gerais de direito, «(...) representaria um ganho, já não “processual”, de simplificação e economia de gestão, mas uma mais-valia substancial que o predisponente arrecadaria à custa dos que tiveram que aderir aos termos contratuais por si impostos»¹⁰⁴, à qual se alia o elemento gramatical do preceito da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (que não contem qualquer advérbio de modo que exija uma desproporção sensível), deve, por conseguinte, o intérprete-aplicador bastar-se, para efeitos de declaração de invalidade de cláusula penal unilateralmente predisposta, que “(...) a pena predisposta seja superior aos danos que, provavelmente, em face das circunstâncias típicas e segundo o normal decurso das coisas, o predisponente venha a sofrer, mesmo que essa superioridade não seja gritante e escandalosa”¹⁰⁵.

A partir do que se acaba de asseverar e em consonância com considerações que já produzimos *retro*, a avaliação da conformidade do conteúdo de cláusula penal deve reportar-se ao momento da sua elaboração, desconsiderando eventuais circunstâncias supervenientes que o contrato haja conhecido e que, eventualmente, hajam fundado a decisão de resolução da relação jurídica pelo contraente mais forte. Por outras palavras, em suma, o julgador deve

¹⁰⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *op. cit.*, pp. 52-53.

¹⁰⁵ Assim, na senda do já referido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/01/2007, se pronunciaram, mais recentemente, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, PROCESSO N.º 3516/13.5TJCBR.C1, 28/10/2014, e os ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 19/01/2016, PROCESSO N.º 13162/14.0T2SNT.L1-1, e de 07/03/2019, PROCESSO N.º 127318/16.1YIPRT.L1-8. Contra, na esteira do ensinamento de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, 1990, p. 47, segundo o qual «o qualificativo “desproporcionadas” não aponta para uma pura e simples superioridade das penas preestabelecidas em relação ao montante dos danos. Pelo contrário, deve entender-se, de harmonia com as exigências do tráfico e segundo um juízo de razoabilidade, que a hipótese em análise só ficará preenchida quando se detetar uma desproporção sensível», *vide*, por todos, o ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 07A1701, 12/06/2007, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 8467/2007-6, 22/11/2017 e o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 3334/2008-6, 05/06/2008.

desenvolver uma apreciação objetiva e em abstrato, aferindo se, à data em que a cláusula penal foi estabelecida, de acordo com o arquétipo negocial em que a mesma se insere e tendo em consideração o ramo ou setor de atividade do predisponente, se deve considerar previsível a imposição de um desequilíbrio material na repartição de posições jurídicas ativas e passivas entre os sujeitos do contrato de adesão, com prejuízo para o aderente, por implicar o pagamento de uma pena superior aos danos tipicamente a reparar (e não ao prejuízo efetivo).

De igual modo, em consonância com as observações que se deixaram expostas acima acerca da inadequação da estatuição ínsita no artigo 812.º do Código Civil para os contratos de adesão, a qual pressupõe estarmos em presença de pena manifestamente excessiva inserida em cláusula negociada¹⁰⁶, uma cláusula contratual geral declarada nula e de nenhum efeito por violação da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não é passível de redução equitativa¹⁰⁷.

c) Aplicações práticas da norma da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro

Feito o enquadramento que, a nosso ver, se impunha, avancemos agora, então, para a exposição de duas hipóteses práticas, com significativa ressonância no tráfego jurídico consumerista, que permitirão alcançar, de forma mais tangível, o funcionamento da norma da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Uma primeira situação que foi chegando, ao longo dos anos, à barra dos tribunais contende com as cláusulas penais convencionadas em contratos de locação financeira para a eventualidade de incumprimento resolutorio do *leasing* pelo locatário aderente. De acordo com o Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho, que regula o contrato de locação financeira, impendem sobre o locatário, nomeadamente, as obrigações de pagamento das rendas

¹⁰⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, p. 599, nota 1419.

¹⁰⁷ Neste sentido, *inter alia*, o ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 2041/13.9TVLSB.L1.S1, 28/03/2017 e o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 127318/16.1YIPRT.L1-8, 07/03/2019.

e de restituição do bem locado, findo o contrato (em bom estado, salvo as deteriorações inerentes a uma utilização normal), quando o mesmo não opte pela sua aquisição, mediante pagamento do valor residual fixado (artigo 10.º, n.ºs 1, alíneas a) e k) e 2, alínea f) do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho). Como tal, se num contrato de locação financeira predisposto por instituição de crédito ou sociedade de locação financeira (locador) se estipular que, em caso de resolução do contrato fundada em incumprimento do locatário, este deverá pagar um montante igual à totalidade ou parte das rendas vincendas e, ainda, o valor residual, não pode deixar-se de sufragar a invalidade desta cláusula penal, uma vez que significa, para o contraente mais débil, o ressarcimento de um dano inexistente (rendas que se venceriam até ao final do contrato, as quais representariam a contraprestação devida caso se mantivesse o gozo temporário da coisa locada) e, inclusive, na prática, obriga o mesmo a adquirir o bem locado, pagando o preço convencionado para a sua compra no final do contrato, como se este subsistisse, desvirtuando a natureza jurídica do direito de opção¹⁰⁸. E não se diga, em oposição ao entendimento que se acaba de afirmar, que a eventual fixação de cláusula penal que confira ao locador o direito de cobrar, ainda que parcialmente, rendas vincendas, não enferma de nulidade, na medida em que visa ressarcir o credor da desvalorização da coisa dada em locação. Na verdade, como resulta da experiência do tráfico jurídico-mercantil, na determinação do montante das rendas, o locador não se limita a atender ao valor locativo, destinando-se aquelas à amortização financeira global do custo do investimento, que abrange o valor do bem, a retribuição pela sua utilização e a remuneração do risco suportado pelo locador, nomeadamente o risco da desvalorização que o bem locado vai sofrendo com a sua utilização pelo locatário¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Neste sentido, entre outros, só no século em curso, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 0230152, 05/11/2002, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 1052/2004-8, 19/02/2004, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 9574/2008-8, 15/01/2009 e o ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 1407/10.0TJPR.T.P1.S1, 10/07/2012.

¹⁰⁹ No mesmo sentido, *inter alia*, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 0071472, 24/06/1993 e o ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 98A754, 20/10/1998.

Ainda no domínio do contrato de locação financeira, situação diversa da que acima expusemos é aquela em que é estipulada uma cláusula penal que obrigue o locatário aderente a pagar ao locador predisponente uma quantia de valor não superior às rendas que se venceriam no período posterior ao término do contrato, enquanto o contraente mais fraco não proceder, como lhe é exigível, à restituição do bem locado. Neste caso, não constitui um resultado censurável para o sentimento jurídico imperante que o credor, impedido de explorar economicamente o bem locado em negócio a contrair com outrem, se veja ressarcido, pelo valor acordado para o gozo temporário da coisa com o locatário, dos lucros que previsivelmente deixou de auferir (lucros cessantes) – cf. artigo 1045.º, n.º 1 do Código Civil¹¹⁰.

Uma segunda situação que vem despoletando litígios judiciais e arbitrais em barba prende-se com as cláusulas penais previstas em contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas para a eventualidade de cessação do contrato pelo utente em momento prévio ao decurso do período de fidelização acordado. Com as alterações introduzidas ao artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas) pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, passou a determinar-se, por meio de normas imperativas, que “[o]s encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante, devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação” (n.º 12), sendo que “no caso de subsídio de equipamentos

¹¹⁰ Como se declarou no ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 05A3757, 24/01/2006, “[...] [a] razão de ser desta norma é a de que extinto o contrato continua a renda, apesar de tudo, a ser o referencial de equilíbrio entre as prestações da relação de liquidação. E isso com base na ideia de que a renda, tendo resultado da autorregulação das partes, representa, em regra, o justo valor do lucro cessante derivado da indisponibilidade da coisa locada”. Mas já não será de admitir a fixação de indemnização pelo dobro do valor correspondente à renda que as partes tinham acordado, nos termos do artigo 1045.º, n.º 2 do Código Civil, por à mesma presidir, fundamentalmente, uma finalidade compulsória ao cumprimento da obrigação de restituição da coisa locada pelo locatário em situação de mora, excedendo, por isso, o valor do prejuízo sofrido pelo locador com o incumprimento da referida obrigação. Contra, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, PROCESSO N.º 1410/11.3TJLSB.L1-6, 27/11/2014.

terminais, os encargos devem ser calculados nos termos da legislação aplicável [Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de junho] e, nas demais situações, não podem ser superiores ao valor da vantagem conferida que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada” (n.º 13)¹¹¹.

¹¹¹ Como bem exaltou a Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM no Parecer (e respetivo Anexo) que dirigiu à Comissão Parlamentar de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação da Assembleia da República, no âmbito do processo legislativo desencadeado pela Proposta de Lei n.º 83/XIV/2.^a (GOV) – Aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas e transpõe a Diretiva (UE) 2018/1972, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas –, mesmo depois das alterações introduzidas pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, subsiste a necessidade imperiosa de rever “o regime de cálculo dos encargos a suportar pelos consumidores em caso de denúncia antecipada de contratos que prevejam períodos de fidelização, corrigindo as ineficiências graves que têm vindo a ser, recorrentemente, identificadas nesta matéria (...), ineficiências essas que prejudicam de forma severa a mobilidade e, conseqüentemente, a concorrência no setor”, destacando-se, neste particular, o facto de o valor das “vantagens” comerciais que tenham sido associadas ao período de fidelização ser livremente fixado pelas empresas prestadoras dos serviços, o que vem permitindo o inflacionamento de tal quantia “com o objetivo de viabilizar a cobrança de encargos elevados em caso de denúncia antecipada do contrato pelo utilizador final. Com efeito, a indexação dos encargos pela cessação antecipada do contrato às vantagens conferidas ao utilizador sem que exista um limite (objetivo) a essas vantagens (cujo valor é, na prática, o que a empresa lhe entender atribuir) importa o risco de que sejam cobrados ao utilizador valores desproporcionalmente elevados, sem que haja uma forma objetiva de demonstrar essa desproporcionalidade”. A fim de superar a identificada ineficiência, a ANACOM, no seu Anteprojeto de diploma de transposição do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, sob n.ºs 4 e 5 do artigo 135.º, propunha a adoção das seguintes normas: “4 – Em caso de denúncia antecipada, por iniciativa dos consumidores, de contratos que prevejam períodos de fidelização, não podem ser cobrados pelas empresas que oferecem os serviços referidos no n.º 1 quaisquer encargos para além dos referidos nas alíneas seguintes: a) Tratando-se de uma fidelização inicial: i) Até 20% do valor da soma das mensalidades vincendas, caso a denúncia ocorra na primeira metade do período de fidelização; ii) Até 10% do valor da soma das mensalidades vincendas, caso a denúncia ocorra na segunda metade do período de fidelização; b) Tratando-se de uma fidelização subsequente, até 10% do valor da soma das mensalidades vincendas; c) Tratando-se de uma fidelização inicial ou subsequente convencionada exclusivamente como contrapartida da subsídio de equipamentos terminais, dos valores referidos no artigo 137.º. 5 – Para efeitos das alíneas a) e b) do número anterior, devem ser consideradas as mensalidades efetivamente pagas, deduzidos todos os eventuais descontos e impostos e excluindo eventuais valores correspondentes ao aluguer de equipamentos, a serviços de utilização eventual ou a serviços ou prestações adicionais, com preço autónomo

Assim, de acordo com a valoração subjacente à regra contida no n.º 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, é desconforme ao princípio da boa-fé a estipulação de cláusula penal que, em caso de denúncia de contrato pelo assinante antes de completado o período mínimo de permanência (por sua vez, regulado pelos n.ºs 5, 6 e 8 do mesmo artigo e diploma), confira ao prestador de serviços o direito a uma indemnização correspondente à totalidade das prestações vincendas. A não ser assim, o operador de comunicações eletrónicas via-se plenamente salvaguardado do risco de incumprimento do negócio pela sua contraparte, garantindo que sempre lhe assistiria o direito ao recebimento de todas as prestações que se venceriam até ao fim do período de fidelização, ainda que, por força da dissolução do vínculo por ato unilateral do aderente, ficasse, a partir de então, eximido do cumprimento da sua obrigação de fornecimento contínuo dos serviços contratados¹¹². De forma mais sintética, à semelhança da primeira hipótese de cláusula penal que aventamos acima no domínio do contrato de locação financeira, tudo se passaria, apenas em relação ao aderente, como se este oferecesse o cumprimento integral do contrato.

Acresce que, ainda de harmonia com o disposto pelos n.ºs 12 e 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, também é de julgar que impõe consequências patrimoniais injustificadas e, portanto, é ofensiva da bitola do equilíbrio material das partes uma pena convencional que

e ativação ou desativação a qualquer momento e por iniciativa do próprio consumidor, independentemente da designação atribuída pela empresa a tais serviços ou prestações”. Estas propostas de normas foram, contudo, eliminadas do artigo 135.º da Proposta de Lei apresentada à Assembleia da República.

¹¹² Neste sentido, em relação a situações litigiosas anteriores à entrada em vigor das alterações introduzidas ao artigo 48.º da Lei das Comunicações Eletrónicas pela Lei n.º 15/2016, de 17 de junho, *vide*, entre outros, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, PROCESSO N.º 34394/10.5YIPRT.G1, 11/09/2012, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, PROCESSO N.º 134839/12.3YIPRT.P1, 07/05/2015 e o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA, PROCESSO N.º 109927/15.8YIPRT.E1, 20/12/2018 (aqui, julgando a cláusula proibida por violação do artigo 48.º, n.º 5 da Lei das Comunicações Eletrónicas, na redação conferida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro: “Sem prejuízo da existência de períodos contratuais mínimos, nos termos do número anterior, as empresas não devem estabelecer condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de resolução dos contratos excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante”).

exceda a medida do valor das específicas vantagens comerciais ou benefícios económicos oferecidos ao aderente (e.g. custos de investimento com infraestruturas, fornecimento de equipamentos) e que a entidade prestadora tinha a legítima expectativa de amortizar, para além dos custos e encargos já recuperados, na parcela do período de fidelização que não se completou por via da denúncia do contrato pelo assinante.

Em qualquer das hipóteses ora descritas, revelando-se a pena desproporcionada aos danos a ressarcir, nos termos conjugados dos artigos 12.º e 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, deve o aplicador do Direito considerar que a cláusula contratual geral que a prevê, à luz do quadro negocial padronizado, é proibida e, como tal, nula, podendo o aderente – e só o aderente (diversamente do que prevê o n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro para as cláusulas excluídas) – optar, neste caso, pela manutenção do contrato singular, expurgado da cláusula inválida (recorrendo-se ao instituto da redução do negócio jurídico, salvo se se mostrar que este não teria sido concluído sem a parte viciada – cf. artigo 292.º do Código Civil *ex vi* artigo 14.º, *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), passando a vigorar, na parte afetada, as normas supletivas aplicáveis (por apelo, se necessário, às regras da integração dos negócios jurídicos – cfr. artigo 239.º do Código Civil), desde que o exercício de tal faculdade não conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé (artigos 13.º, n.º 2 e 14.º, 1.ª parte do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

4.4. A recente alteração operada pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio – análise crítica

Aqui chegados, é agora o momento adequado para dedicar algumas considerações acerca da recém-adotada Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, que operou a quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, estabelecendo limitações à redação (*rectius*, à apresentação gráfica) das cláusulas contratuais gerais e prevendo a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas.

A Lei n.º 32/2021, de 27 de maio teve origem nos Projetos de Lei n.ºs 396/XIV/1.ª, do Grupo Parlamentar do Partido Ecologista “Os Verdes” («Reforça a transparência nos contratos de adesão (Altera o Decreto-Lei

n.º 446/85, de 25 de outubro)»¹¹³, e 532/XIV/2.^a, do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda («Procede ao reforço da transparência e dos efeitos da proibição de cláusulas gerais nos contratos de adesão (4.^a alteração ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais)»), que deram entrada na Assembleia da República em 22.05.2020 e em 25.09.2020, respetivamente. Os dois Projetos de Lei foram objeto de discussão e votação conjunta na generalidade e na especialidade, sem que tenham sido apresentadas propostas de alteração por qualquer dos grupos parlamentares no âmbito da votação na especialidade das iniciativas legislativas. Após a votação na especialidade, foi submetido e aprovado em votação final global o Texto Final apresentado pela Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação.

Antes de procedermos a uma análise crítica do Decreto da Assembleia da República que veio a ser publicado como Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, entendemos curial, para uma melhor compreensão da *mens legislatoris* que presidiu à adoção do diploma, esmiuçar cada uma das iniciativas legislativas que estiveram na sua origem, mormente as respetivas Exposições de Motivos.

a) Os Projetos de Lei n.ºs 396/XIV/1.^a (PEV) e 532/XIV/2.^a (BE)

Assim, nas Exposições de Motivos dos dois Projetos de Lei começa-se por proceder a uma breve caracterização da contratação em massa. Em seguida, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 396/XIV/1.^a enaltece-se “(...) o facto de muitos desses contratos [de adesão] se encontrarem, intencionalmente ou não, redigidos de uma forma complexa e nada clara, e de apresentarem cláusulas com uma letra tão reduzida que é quase impossível ler, o que significa que o cidadão, para além de se encontrar privado de negociar as cláusulas desse contrato, muitas vezes acaba por nem saber aquilo que está a contratar” – «problema vulgarmente conhecido como as “letras pequeninas” ou “miudinhas” dos contratos, onde se inclui muita informação, alguma até relevante, que acaba por não ter a mesma

¹¹³ O Grupo Parlamentar do Partido Ecologista “Os Verdes” já havia apresentado idêntica iniciativa legislativa – Projeto de Lei n.º 1184/XIII/4.^a – na XIII Legislatura, a qual caducou em 24.10.2019, com o início da XIV Legislatura, resultante das eleições legislativas de 6 de outubro de 2019.

dimensão das restantes condições contratuais». Em termos próximos, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 532/XIV/2.^a destaca-se o facto de, não raro, o texto do clausulado contratual apresentado ao aderente se revelar “excessivamente complexo, ao ponto de dificultar a sua leitura e compreensão”, ao que acresce a «utilização de caracteres diminutos (...), problema vulgarmente conhecido como letra “miudinha”», uma realidade que, de acordo com os proponentes do Projeto de Lei, contribui para “a falta de informação e conhecimento sobre as condições contratualizadas, que muitas vezes também têm por base cláusulas abusivas”. Como veremos de seguida, esta derradeira referência ao carácter abusivo das cláusulas, no âmbito de uma intervenção legislativa que visa possibilitar ou, pelo menos, facilitar “a sua leitura e compreensão” será determinante para explicar a manifesta infelicidade da solução vertida no artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio (comum aos dois Projetos de Lei), no quadro da lógica normativa do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Prossegue a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 396/XIV/1.^a no sentido de defender que os instrumentos legislativos já vigentes na ordem jurídica, nomeadamente a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (*maxime*, o seu artigo 9.º, n.º 2, alínea a)), o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (*maxime*, o seu artigo 8.º, alínea c)) e, em matéria de contratos de seguros, o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril (*maxime*, o seu artigo 36.º, n.º 1), emprestam soluções normativas que, “além de (...) não serem, muitas vezes, escrupulosamente cumpridas”, podem encerrar, em si, “alguma subjetividade, dando margem para diferentes interpretações” e, em todo o caso, veem-se mostrando insuficientes, na medida em que “continuamos a ter contratos de adesão com informações redigidas com um tamanho de letra minúsculo, impossível de ler”. Salvo melhor opinião, os proponentes desta iniciativa legislativa parecem nutrir, ainda que o manifestem de forma velada, uma desconfiança em relação à capacidade de os titulares do poder jurisdicional ajuizarem acerca da observância (ou não) do pressuposto formal da legibilidade por parte dos utilizadores de cláusulas contratuais gerais¹¹⁴, crendo, em alternativa, que existe uma verdadeira “lacuna relativamente ao estabelecimento de regras quanto à apresentação gráfica das cláusulas

¹¹⁴ Com idêntica visão, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de outubro”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, p. 328.

contratuais”, cuja superação impõe, na perspetiva dos autores do Projeto de Lei em apreço, a fixação, em termos rígidos, do “limite mínimo do tamanho da letra e do espaçamento entre linhas”.

Por sua vez, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 532/XIV/2.^a enfatiza-se que “a realidade demonstra que grande parte dos contratos de adesão continuam com um articulado demasiado extenso e complexo, e com uma redação com letras minúsculas”, para, dessa forma, se justificar a necessidade de adoção de “legislação adequada que estabeleça regras quanto à apresentação gráfica das cláusulas contratuais, designadamente ao nível do limite mínimo do tamanho da letra e do espaçamento entre linhas”. Com o devido respeito, a referência à extensão e complexidade dos clausulados contratuais predispostos afigura-se inócua, pois, na verdade, a normação que os autores deste Projeto de Lei fizeram submeter a aprovação do plenário da Assembleia da República só com boa vontade e de modo reflexo poderá servir o propósito de conduzir as entidades predisponentes à elaboração de programas contratuais mais sintéticos e inteligíveis para um aderente medianamente diligente. *Summo rigore*, a regulação impositiva de *standards* mínimos a observar em aspetos atinentes à apresentação gráfica do texto do clausulado contratual poderá, quanto muito, contribuir para que o aderente se sinta mais motivado a proceder à sua leitura e, por essa via, apreenda o conteúdo do regulamento pré-elaborado pelo contraente mais forte, mas não tem a virtualidade de contribuir, como supostamente era pretendido, para a atenuação da dimensão do conjunto das condições gerais ou para a adoção, pelo predisponente, de uma linguagem mais acessível, que viabilize a efetiva compreensão do texto do clausulado pelo contraente mais débil.

Finalmente, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 532/XIV/2.^a revela-nos, por outro lado, que à dita iniciativa legislativa presidiu, ainda, a finalidade de “proteger os consumidores da utilização sistemática por parte das empresas, de cláusulas abusivas nos contratos de adesão”, pelo que «a decisão judicial que considere cláusulas gerais proibidas, quando transitada em julgado, deve produzir efeitos “erga omnes” abrangendo cláusulas idênticas sem dependência do pedido constante da ação inibitória», “[o]u seja, a decisão de proibição de uma determinada cláusula deve ser alargada a todas as entidades que tenham cláusulas semelhantes”, assegurando-se a produção do efeito irradiante por intermédio de “sistema de fiscalização adequado” cuja conceção e implementação se comete ao Governo. Aqui, os

proponentes do Projeto de Lei tinham em vista uma alteração do regime da eficácia subjetiva do caso julgado formado em ação inibitória (artigos 10.º, n.º 1, alínea b) e 11.º, n.ºs 2 e 4 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho) que haja condenado o demandado a abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais objeto de proibição definitiva ou outras que se lhes equiparem substancialmente. Se, até então, por força da aplicação articulada das regras dos artigos 25.º e 32.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a sentença condenatória proferida na ação inibitória era somente oponível ao demandado (podendo um terceiro que, embora não tendo sido parte na ação, haja contratado com o demandado, invocar a seu favor a declaração incidental de nulidade de cláusulas contratuais gerais contida na decisão inibitória), com o aditamento de um n.º 2 ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, os autores da iniciativa legislativa pretendiam estender a eficácia (*ultra partes*) do caso julgado a todo e qualquer proponente que utilize as condições gerais objeto de sentença de inibição ou outras que, não obstante assumirem redação diversa, de acordo com as regras de interpretação dos artigos 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com aquelas mantêm correspondência em termos materiais¹¹⁵.

¹¹⁵ A favor da evolução proposta – de uma extensão eventual do caso julgado a terceiros *secundum eventum litis* para uma eficácia absoluta do caso julgado –, aponta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. No ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TERCEIRA SECÇÃO), PROCESSO C-472/10 (NEMZETI FOGYASZTÓVÉDELMI HATÓSÁG C. INVITEL TÁVKÖZLÉSI ZRT), 26/04/2012, declarou-se que “[o] artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, conjugado com o seu artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, deve ser interpretado no sentido de que: não se opõe a que a declaração de nulidade de uma cláusula abusiva que faz parte das condições gerais dos contratos celebrados com os consumidores, no âmbito de uma ação inibitória, referida no artigo 7.º da dita diretiva, intentada contra um profissional, no interesse público e em nome dos consumidores, por um organismo designado pela legislação nacional, produza, em conformidade com a referida legislação, efeitos para todos os consumidores que tenham celebrado com o profissional em causa um contrato ao qual se aplicam as mesmas condições gerais, incluindo para os consumidores que não eram partes no processo relativo à ação inibitória; quando o caráter abusivo de uma cláusula das condições gerais dos contratos tiver sido reconhecido no âmbito de tal processo, os órgãos jurisdicionais nacionais estão obrigados, também no futuro, a retirar oficiosamente daí todas as consequências previstas pelo direito nacional, para que a referida cláusula não vincule os consumidores que tenham celebrado com o profissional em causa um contrato ao qual se aplicam as mesmas condições gerais.” Posteriormente, no ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TERCEIRA SECÇÃO), PROCESSO C-191/15 (VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION C. AMAZON EU SÀRL), 28/07/2016 voltou a afirmar-se “(...) a concordância da apreciação entre

Enunciadas, ainda que sucintamente, as principais considerações tecidas nos dois projetos de lei que estiveram na base da Lei n.º 32/2021, estamos em condições mais favoráveis para nos debruçarmos sobre o diploma publicado em 27 de maio do corrente, com entrada em vigor 90 dias após a sua publicação (artigo 4.º).

b) O artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio: dúvidas e perplexidades

Com efeito, ao abrigo do artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, foi aditada mais uma previsão (a nova alínea i)) ao rol de cláusulas absolutamente proibidas aplicáveis, em exclusivo, às relações com os consumidores finais, previsto, recorde-se, no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, pelo que passam a ser proibidas, sem possibilidade de valorização à luz do quadro negocial padronizado, “as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15”. Não se duvidando, em algum momento, da bondade da intenção do legislador¹¹⁶,

ações coletivas e ações individuais que o Tribunal de Justiça estabeleceu ao obrigar os órgãos jurisdicionais nacionais a retirar oficiosamente, também no futuro, todas as consequências previstas pelo direito nacional do reconhecimento do caráter abusivo de uma cláusula que faz parte das condições gerais dos contratos celebrados por consumidores no âmbito de uma ação inibitória, para que essa cláusula não vincule os consumidores que tenham celebrado um contrato que contenha as mesmas condições gerais.” (n.º 56).

¹¹⁶ O qual foi reconhecidamente influenciado, em particular, pela Lei n.º 11.785, de 22 de setembro de 2008, da República Federativa do Brasil, a qual alterou o § 3 do artigo 54.º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, para definir o tamanho mínimo da fonte em contratos de adesão, passando a norma a assumir a seguinte redação: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor” [italico nosso]. Também a Comunicação da Comissão – Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, a propósito dos requisitos de transparência aplicáveis a todos os tipos de cláusulas contratuais gerais abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13/CEE, aponta “a clareza da apresentação visual, incluindo o tamanho do tipo de letra” como um dos aspetos relativos ao “modo de apresentação das cláusulas contratuais” a ter em conta para avaliar se uma cláusula está redigida de modo claro e compreensível. Entre nós, aludindo à dimensão da letra e ao espaçamento entre linhas como aspetos relevantes a

bem refletida nas Exposições de Motivos dos dois Projetos de Lei, afigura-se-nos incontornável que a técnica legislativa adotada para o preceito ora sob escrutínio se revela manifestamente desajustada, por subverter a coerência que, até a esta data, iluminava a autonomização dos sistemas legais de inclusão (controlo procedimental) e de aferição de validade (controlo material) das cláusulas contratuais gerais em contratos de adesão.

Senão vejamos.

Como reconhecem os proponentes de cada um dos Projetos de Lei a que vimos fazendo alusão, a fixação de limites mínimos de tamanho de letra e de espaçamento entre linhas a observar pelos utilizadores de cláusulas contratuais gerais dá corpo às exigências de apresentação gráfica (“caracteres facilmente legíveis” por “um contratante normal, colocado na posição do contratante real”) já impostas pelo artigo 9.º, n.º 2, alínea a) da Lei n.º 24/96, de 31 de julho e pelo artigo 8.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, cuja inobservância dita, por força desta última norma, a exclusão das cláusulas que passem despercebidas ao aderente médio. E assim é pois, como é bom de ver, os requisitos formais do aspeto gráfico do clausulado contratual concorrem para o efetivo conhecimento (e, no limite, para uma verdadeira aceitação) do regulamento predisposto a que a contraparte do utilizador de condições gerais se limita a aderir, não influenciando no teor das estipulações nele contidas. Por conseguinte, todo o sentido faria para nós, em nome da manutenção da coerência e harmonia intra-sistemática – e abstando-nos, de momento, de adiantar a nossa posição sobre o mérito da opção de fixação de *standards* mínimos – o aditamento de um n.º 2 ao artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com uma redação idêntica a esta que tomamos a liberdade de apresentar: “Para os efeitos da alínea c) do número anterior, considera-se que passam despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante

ter em conta ao nível da “apresentação gráfica”, *vide* o ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROCESSO N.º 08B357, 15/05/2008, em cujo sumário se lê: “I – O banco X utiliza no clausulado dos cartões (de crédito e de débito) uma letra de dimensão reduzida, com um espaço entre as linhas também muito reduzido, formando um texto muito compacto que torna a sua leitura difícil e cansativa mesmo para quem possua uma visão média, dificultando, consequentemente, a compreensão e apreensão do sentido do texto; daí que tal clausulado tenha de ser excluído dos contratos singulares, devendo o banco X abster-se da sua utilização em futuros contratos – arts. 8.º e 9.º, n.º 2, al. a), e n.º 3, da Lei n.º 24/96, de 31-07, e art. 8.º, al. c), do DL n.º 446/85, de 25-10. (...)”.

real, as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15”.

Ora, ao estabelecer uma nova previsão de cláusula proibida em absoluto, o mesmo legislador que confessou a sua intenção de eliminar a margem de livre apreciação (e de decisão) do julgador, de cujo prudente arbítrio duvidava, em situações que, no seu entender, objetivamente, falhavam o pressuposto formal da legibilidade, veio, afinal, criar um delicado imbróglio jurídico, com múltiplas ramificações, cuja resolução caberá, ironicamente, ao... julgador¹¹⁷!

Como facilmente se atinge, com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, uma dúvida imediatamente se coloca ao aplicador do Direito: por exemplo, em face de uma cláusula contratual geral que, segundo a apreciação crítica e racional do julgador, por força do tamanho da letra 8, não é passível de efetivo conhecimento do seu conteúdo pelo aderente (ainda que este adote uma postura pró-ativa a fim de se inteirar do teor da mesma estipulação contratual), deve considerar-se excluída do contrato singular, ao abrigo da alínea c) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro ou, diversamente, deve ter-se por incluída no contrato singular, mas reputar-se de proibida e, como tal, nula, por aplicação conjugada dos comandos normativos dos artigos 12.º e 21.º, alínea i) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro?

Na presença de situações como a que acabámos de enunciar, parece-nos, salvo melhor opinião, que o titular do poder jurisdicional deve continuar a contribuir, na medida do possível, para a preservação da máxima “um regime, dois sistemas” de controlo (formal-procedimental e material) que está na génese do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, pelo que, diante de um caso com os contornos acima relatados, deverá considerar a cláusula excluída do contrato singular, por apresentar um aspeto gráfico que não propicia a sua apreensão pelo destinatário (“cláusula-surpresa” ou *überraschende Klausel*). Ainda assim, de molde a evitar que a previsão da

¹¹⁷ A título de curiosidade, veja-se que, no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, se refere, sob ponto 7, que “(...) [à] jurisprudência e à dogmática jurídica pertence extrair todas as virtualidades dos dispositivos legais agora sancionados. Aquelas não ficam, de resto, como se impõe, encerradas num sistema rígido que tolha a consideração de novas situações e valorações de interesses, resultantes da natural evolução da vida.”

nova alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro fique esvaziada de conteúdo útil e respeitando a sua essência, propomos que a mesma seja interpretada pelo aplicador do Direito como imposição legal de verificação de dois parâmetros atinentes à apresentação gráfica, em que o incumprimento dos *standards* mínimos nela consagrados impõe, em caso de dúvida, a conclusão de que o aderente não representou o teor da cláusula em questão.

Aceita-se que a orientação que propomos não é isenta de críticas e, inclusive, revela-se incapaz de superar algumas das debilidades que a redação da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro comporta em si mesma, as quais, na nossa humilde opinião, têm de ser imputadas à incúria do legislador e ultrapassadas por apelo aos critérios (que cada mais desafios espinhosos vêm colocando ao intérprete-aplicador..) postulados no artigo 9.º do Código Civil, reconstituindo o pensamento legislativo com recurso aos elementos lógicos da hermenêutica jurídica, mormente os elementos de ordem histórica e teleológica.

Desde logo, mal se compreende como que é que o legislador parlamentar incorreu na ingenuidade de ignorar que “o tamanho de letra 11” varia em função do tipo de letra selecionado e do processador de texto em que o clausulado contratual é redigido. E, bem assim, como descurou que o tamanho de letra 11 pode ser superior ou inferior a 2,5 milímetros, consoante a altura (superior ou inferior) de determinados caracteres e a utilização de letras maiúsculas ou minúsculas. Espelhados, assim, de forma palmar, os inconvenientes associados à fixação (pouco refletida) de critérios rígidos, também o próprio uso da conjunção disjuntiva “ou” (em “tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros”) suscita dificuldades de compatibilização da letra da lei com a *ratio legis* que determinou o aditamento da norma da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Para superar o crivo do controlo de validade que, *de iure conditio*, subjaz à inserção sistemática da norma em apreço, basta ao predisponente cumprir a exigência do tamanho de letra não inferior a 11 ou o requisito do tamanho não inferior a 2,5 milímetros¹¹⁸?

¹¹⁸ Suscitando as mesmas interrogações e perplexidades, LUÍS POÇAS, “Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (Lei 32/2021): implicações, em particular, no contrato de seguro”, in *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 913-915.

Em resposta a esta última interrogação, recorrendo aos cânones da hermenêutica jurídica mencionados no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil, por um lado, mas respeitando o limite intransponível do mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, determinado pelo n.º 2 do mesmo artigo e diploma, parece-nos preferível, na ótica de tutela mais eficaz do interesse de conhecimento efetivo do programa contratual, que o julgador se atenha, simplesmente, ao critério invariável do tamanho não inferior a 2,5.

Infelizmente, os motivos de censura ao aditamento da alínea i) ao rol de cláusulas proibidas em absoluto do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não se fica por aqui. De igual modo, o recurso à conjunção copulativa “e” em “tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15” aponta no sentido de que apenas se consuma a abusividade da cláusula quando a mesma, cumulativamente, falhe os requisitos formais do tamanho da letra e do espaçamento entre linhas. Se também aqui se fizesse uma aplicação da norma que se mantivesse plenamente fiel ao seu elemento literal, nesse caso, seríamos forçados a reconhecer que o puro e simples cumprimento da condição referente ao espaçamento entre linhas (independentemente do tamanho da letra) bastaria para obstaculizar a convocação do preceito em referência. Como é por demais evidente, uma semelhante compreensão da norma conduziria a um resultado absurdo e em nada contribuiria para o pretendido combate às “letras miudinhas”, prática que facilmente se perpetuaria entre as entidades autoras de regulamentos contratuais genericamente predispostos. Nesta linha de pensamento, forçoso é desenvolver uma interpretação corretiva da regra da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, apoiada no elemento interpretativo da *ratio legis*, pelo que onde se lê “(...) tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15” deve ler-se “(...) tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, ou com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15”, por forma a que a inobservância de qualquer dos requisitos atinentes à aparência externa da cláusula conduza, de per si, à declaração da sua nulidade, nos termos conjugados dos artigos 12.º e 21.º, alínea i) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Ademais, embora confiemos que os titulares do poder jurisdicional não virão a dar guarida a semelhante alegação das entidades predisponentes, não podemos deixar de sinalizar um potencial efeito pernicioso – e mesmo

contraproducente – que o aditamento da nova alínea i) ao artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pode vir a produzir. A opção legislativa de fixação de padrões mínimos a observar quanto ao tamanho da letra e ao espaçamento entre linhas pode favorecer a possibilidade de os predisponentes aduzirem, a seu favor, que, ao terem cumprido aqueles *standards* legalmente estatuídos, qualquer apreciação judicial no sentido de que, ainda assim, não foi assegurado o efetivo conhecimento da cláusula contratual pelo aderente, concretamente por conta do diminuto tamanho da letra ou do insuficiente espaçamento entre linhas, fica automaticamente prejudicada.

Uma última consideração, neste particular, importa tecer para dar nota de mais uma manifestação da imprevidência do legislador ao se decidir pela regulação, em termos inflexíveis, dos limites mínimos a observar pelas entidades predisponentes quanto ao tamanho da letra e ao espaçamento entre linhas na redação das condições gerais. Terá, porventura, escapado ao legislador, no afã de disciplinar os referidos aspetos formais no domínio dos clausulados contratuais, que, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais regula “todas as cláusulas contratuais gerais, *independentemente da forma da sua comunicação ao público*, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros” [italico nosso]. Ora, o segmento em destaque revela-nos que a malha normativa do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro aplica-se não só a cláusulas gerais reduzidas em contrato escrito, como também a cláusulas vertidas noutros suportes físicos ou eletrónicos – e.g. cartazes¹¹⁹, anúncios publicitários divulgados por televisão – e mesmo a cláusulas transmitidas verbalmente, que podem nunca chegar a ser reduzidas a escrito. Assim sendo, não tendo o legislador circunscrito o âmbito de aplicação da alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro tão-só às cláusulas inseridas em contrato escrito, encontra-se configurada uma solução potencialmente desajustada para uma efetiva superação das correntemente denominadas “letras pequeninas” apostas em vários suportes

¹¹⁹ Debruçando-se, precisamente, sobre o exemplo dos cartazes expostos em estabelecimento comercial, *vide*, LUA MOTA SANTOS, no texto «O fim (tentado) da era das “letras pequeninas”», publicado no blogue do NOVA Consumer Lab, em 06.05.2021.

físicos e eletrónicos e, decididamente, inaplicável à comunicação verbal de cláusulas contratuais.

Finalizada, desta forma, a nossa apreciação crítica à norma introduzida no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pelo artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, resta-nos proceder a uma escarpelização das regras consagradas no artigo 3.º da mesma Lei, nas quais se estabelece a regulamentação do diploma pelo Governo, no prazo de 60 dias (já largamente ultrapassado), que deve incluir, nos termos do n.º 2 do referido artigo 3.º, “a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades”.

c) O artigo 3.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio: a criação de um sistema de controlo e prevenção de cláusulas abusivas

Como já vimos, esta previsão de instituição, pelo órgão superior da Administração Pública, de um sistema de “controlo e prevenção de cláusulas abusivas” decorre da iniciativa legislativa do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, cujo Projeto de Lei propunha, de modo conexo, o aditamento de um n.º 2 ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por via do qual se alargava a eficácia subjetiva do caso julgado formado em ação inibitória a toda e qualquer entidade predisponente que utilizasse as cláusulas contratuais gerais alvo da sentença de inibição ou outras substancialmente idênticas. Sucede que a alteração ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro foi rejeitada na especialidade, porquanto não constou do Texto Final apresentado pela Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação ao plenário da Assembleia da República para votação final global.

Sempre com o devido respeito, parece-nos que também aqui o órgão legislativo *par excellence* não andou bem, pois acabou por determinar a criação de um mecanismo de fiscalização da utilização futura de cláusulas julgadas proibidas por outras entidades que não a predisponente que foi parte no pleito, sem, contudo, prever, no lugar próprio, a eficácia *erga omnes* da decisão emitida pelo órgão jurisdicional que resolveu o litígio *inter partes*. Por outro lado, na ausência da referida proposta de norma a acrescentar ao artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, cremos ser

de concluir que o novo quadro de extensão do caso julgado a quaisquer entidades predisponentes alheias à demanda onde o juiz declarou a proibição de cláusulas contratuais gerais não se circunscreve às sentenças prolatadas em ações inibitórias, abarcando, antes, todo e qualquer aresto, transitado em julgado, proferido em ação singular proposta por um aderente contra um predisponente. Nesta senda, questiona-se se também as decisões proferidas pelos julgados de paz e pelos tribunais arbitrais de consumo (que, não sendo “judiciais”, são adotadas por verdadeiros tribunais – cf. artigo 209.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa¹²⁰) em que “cláusulas [contratuais gerais hajam sido] consideradas proibidas” (no dizer, pouco cuidado, do legislador, porque a reputação como “proibidas” decorre, em bom rigor, de disposição legal do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, seja de alguma das previsões específicas dos catálogos exemplificativos de cláusulas proibidas, seja diretamente do princípio geral da boa-fé) gozam do efeito de caso julgado oponível *erga omnes*. Diríamos que inexistente qualquer motivo atendível para um tratamento díspar dos tipos de decisões jurisdicionais em confronto, na certeza, porém, que, por via das dúvidas, teria sido preferível a adoção de redação legal que fizesse menção a “cláusulas consideradas proibidas por decisão *jurisdicional*”.

Isto posto, cumpre notar que, até à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro de que vimos curando, por força do disposto nos seus artigos 34.º e 35.º, vigorava, exclusivamente, um sistema de registo

¹²⁰ E, também, os artigos 29.º, n.º 4 e 150.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto. Como se esclarece em ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 77, com vastas referências doutrinárias de suporte, sem prejuízo da origem histórica *sobretudo* contratual da arbitragem, a verdade é que «é na lei (desde logo, no artigo 209.º, n.º 2 da CRP e na Lei da Arbitragem Voluntária) – e não na vontade das partes – “que reside a primeira fonte e o fundamento último de toda a arbitragem”», pelo que, por outras palavras, a convenção de arbitragem é um mero “impulso (contratual)” para que seja conferido ao árbitro o poder jurisdicional, que tem base e cobertura constitucional e legal. Resulta, assim, inequívoco que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais (neste sentido, *inter alia*, o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 181/2007, PROCESSO N.º 343/2005, 08/03/2007, e o ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 42/2014, PROCESSO N.º 564/12, 09/01/2014) e exercem a função jurisdicional, julgando litígios (à semelhança dos tribunais estaduais) com vista à prolação de decisões que, diversamente de outros meios de resolução alternativa de litígios, beneficiam do “mesmo carácter obrigatório entre as partes” (caso julgado) e da mesma força executiva que as sentenças dos tribunais estaduais – cf. artigo 42.º, n.º 7 da Lei da Arbitragem Voluntária.

das cláusulas contratuais abusivas declaradas nulas pelos tribunais. Em cumprimento do preceituado no n.º 1 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, foi publicada a Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro, que, numa interpretação atualista, incumbe a Direção-Geral de Política de Justiça (que sucedeu ao Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação – GRIEC –, o qual, por sua vez, sucedeu ao Gabinete de Direito Europeu) de organizar e manter atualizado o dito registo de cláusulas abusivas, para consulta e conhecimento por todos os interessados, o qual se encontra disponível em <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>.

Efetuando um acesso à página da internet melhor identificada acima, somos levados a concluir que o objetivo cometido à Direção-Geral de Política de Justiça não vem sendo cabalmente cumprido pela mesma, seja porque a plataforma de registo não prima nem pela organização funcional nem pela promoção de um acesso fácil e expedito ao rol de cláusulas abusivas através da pesquisa por “Descritores” (reconhecidamente disponível apenas para um “utilizador mais experiente e conhecedor da legislação”, capaz de “fazer a correlação entre aquilo que está previsto no Decreto-Lei [n.º 446/85, de 25 de outubro, nomeadamente, nos artigos 6.º, 8.º, 15.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º], e a expressão que deve utilizar na pesquisa por descritor”), seja porque o elenco de decisões disponíveis na plataforma espelha, de forma especialmente aguda, que a intenção de coligir todos os arestos proferidos em ações inibitórias e em ações singulares em que tenham sido declaradas nulas cláusulas contratuais abusivas e de os disponibilizar de forma célere e regular, não tem sido alcançado. Acresce que, como é assumido na página de internet mencionada *supra*, concretamente nas informações acessíveis mediante clique no separador “Critérios de registo e pesquisa de decisões”, ainda hoje, as decisões que chegam ao conhecimento da Direção-Geral de Política de Justiça são remetidas em suporte papel, o que inviabiliza as hipóteses de pesquisa no texto daquelas, e, bem assim, no caso das ações singulares, nem sequer é facultado o texto das decisões nelas proferidas.

O retrato que se acaba de descrever a propósito do estado do sistema de registo das cláusulas contratuais abusivas espelha, com propriedade, a necessidade de dotar a Direção-Geral de Política de Justiça dos necessários recursos humanos e materiais para prosseguir o seu desígnio como legalmente determinado, o que, na nossa humilde opinião, passa, inelutavelmente, pela modernização da plataforma de alojamento das bases de

dados jurídico-documentais geridas pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P. (IGFEJ, I.P.), que integrou as atribuições do extinto Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, I.P. (ITIJ, I.P.).

Não se deixa de reconhecer a virtualidade de um futuro sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas (cujos concretos contornos ainda não se conhecem, a esta data¹²¹) contribuir para evitar putativas utilizações de condições gerais já declaradas nulas por órgãos jurisdicionais (assumam elas a mesma redação ou outra que, ao fim ao cabo, lhes confere idêntico substrato material) ou mesmo obstar a que estipulações de cláusulas proibidas venham a conhecer a luz do dia (uma fiscalização *ex ante* que já é levada a cabo pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Mobiliário e da Construção – IMPIC, I.P. –, em relação a cláusulas contratuais gerais constantes de projetos de contratos de mediação imobiliária diversas das vertidas no modelo de contrato de mediação aprovado pelo mesmo instituto, nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro, e da Portaria n.º 228/2018, de 13 de agosto). Cremos, porém, que o sucesso de tal sistema de controlo implica, em momento prévio, a implementação das necessárias reformas nos domínios da comunicação e disponibilização de decisões jurisdicionais, nos termos e para os efeitos dos artigos 34.º e 35.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, devendo ser acompanhada da materialização de um procedimento ágil e expedito para aprovação prévia de condições gerais predispostas em modelos de contratos ainda não utilizados.

Por outro lado, será de contar, a breve trecho, com a introdução, na ordem jurídica nacional, de um regime sancionatório para os casos de violação das disposições lusas adotadas nos termos da Diretiva 93/13/CEE, na sequência da transposição da Diretiva 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, que visa assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores. Nos termos do novo artigo 8.º-B da Diretiva 93/13/CEE, com vista a reforçar o efeito dissuasivo do regime jurídico das cláusulas abusivas inseridas nos contratos celebrados com os consumidores, os Estados-membros deverão garantir a possibilidade de aplicação de coimas

¹²¹ Uma caracterização dos sistemas administrativo, judicial e misto de controlo de cláusulas abusivas, suas vantagens e inconvenientes pode ser encontrada em CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, pp. 101-103.

aos profissionais que utilizam cláusulas contratuais expressamente definidas como abusivas, em todas as circunstâncias, em contratos singulares, bem como quando aqueles utilizam uma cláusula contratual que tenha sido declarada proibida, porque abusiva, por uma decisão definitiva, proferida no âmbito de uma ação inibitória (n.º 2). Reconhecendo-se aos Estados-membros a faculdade de optarem entre a tramitação de um procedimento de natureza administrativa ou de natureza judicial para a verificação da prática do ilícito contraordenacional e o exercício da prerrogativa de aplicação de coima, de acordo com o n.º 3 do novo artigo 8.º-B, certo é que a determinação da concreta sanção terá que ter em consideração, entre outros critérios: a) a natureza, gravidade, dimensão e duração da infração cometida; b) as medidas eventualmente adotadas pelo profissional para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores; c) as eventuais infrações cometidas anteriormente pelo mesmo profissional; d) os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo profissional em virtude da infração cometida (se houver dados disponíveis para tal aferição); e) as sanções já impostas ao profissional pelo cometimento da mesma infração noutros Estados-Membros, no âmbito de situações transfronteiriças, caso a informação sobre essas sanções esteja disponível; f) qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto. Sem prejuízo do que antecede, na eventualidade de, por força de uma ação coordenada ao abrigo do Regulamento (UE) 2017/2394, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017, apenas uma autoridade competente na aceção deste regulamento aplicar coima ao profissional responsável por infração generalizada, deverá a mesma poder impor uma coima de valor máximo correspondente a, pelo menos, 4% do volume de negócios anual desse profissional em todos os Estados-Membros interessados na ação de aplicação coordenada (n.º 4 do artigo 8.º-B).

5. Conclusões

Aqui chegados, *brevitatis causa*, é momento de apresentar as principais conclusões suscetíveis de serem extraídas do presente artigo.

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro instituiu na ordem jurídica portuguesa o *Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais*, mantendo-se em vigor, com as alterações que lhe foram aditadas, nomeadamente, pelo

Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, alterações essas motivadas pela transposição da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

Decorridos cerca de 36 anos após a sua publicação, a relevância das cláusulas contratuais gerais mantém-se atual. Comprovam-no, por um lado, a recente alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, operada pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, que vem estabelecer limitações à redação de cláusulas contratuais e prevê a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas e, por outro lado, os inúmeros arestos jurisprudenciais produzidos ao longo dos anos para dirimir as múltiplas controvérsias que a vida quotidiana convoca.

O específico modo de contratação assente em *cláusulas contratuais gerais*, previamente elaboradas pelo predisponente, a que o aderente se limita a aderir, constitui “uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, não se confundindo estas com aqueloutro instituto do *contrato de adesão*.

Por *contrato de adesão* entende-se o negócio jurídico bilateral em que um dos contraentes (o predisponente) elabora, de forma prévia e rígida, as respetivas cláusulas, limitando-se a outra parte (o aderente) a aceitar ou a rejeitar os termos previamente definidos. Se tais cláusulas são elaboradas para todos os contratos futuros a celebrar pelo predisponente, que as oferece, em massa, ao público interessado, diz-se que o contrato de adesão foi celebrado com recurso a *cláusulas contratuais gerais* que se caracterizam, para além do carácter prévio e rígido, por uma nota de generalidade.

O capítulo I do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro contém algumas disposições gerais sobre o seu âmbito de aplicação – artigos 1.º a 3.º.

Pese embora o diploma não avance uma definição de *cláusulas contratuais gerais*, as características que lhes aponta, no artigo 1.º, denotam que o legislador seguiu a caracterização comum deste instituto (*pré-elaboração por uma das partes, rigidez ou imodificabilidade e generalidade ou indeterminação*), não importando, em princípio, a forma de comunicação ao público, a extensão, o conteúdo ou a autoria das cláusulas contratuais gerais, conforme dispõe o artigo 2.º.

Note-se que, o âmbito objetivo de aplicação do diploma nacional é menos amplo do que o âmbito objetivo de aplicação da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, sendo notas características das cláusulas

referidas no artigo 3.º da Diretiva a *pré-elaboração* e a *rigidez*, mas já não a *generalidade ou indeterminação*.

A segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, promovida pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, teve como propósito tornar o regime jurídico português das cláusulas contratuais gerais “conforme com as disposições da Directiva comunitária n.º 93/13/CEE”.

Uma das alterações operadas pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho versou sobre o âmbito objetivo de aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, alargando-o “às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não p[ô]de influenciar” (artigo 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

Neste contexto, suscitou-se a questão de saber se a extensão do regime a todas as cláusulas não negociadas é apenas aplicável no âmbito dos contratos celebrados entre consumidores e profissionais ou se se aplica aos contratos dirigidos a todos os sujeitos, sejam ou não consumidores.

Cremos, pelas razões explanadas no nosso texto, que a resposta mais adequada para esta questão passa pela compreensão mais ampla, segundo a qual o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro aplica-se a toda e qualquer relação jurídica e não unicamente às relações jurídicas de consumo.

Ainda no quadro do âmbito de aplicação do diploma, o legislador estabelece no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro que “o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”.

Este preceito merece a nossa crítica, porquanto nos parece que só o predisponente poderá ter interesse em sustentar que determinada cláusula foi negociada, por forma a prevalecer-se do seu conteúdo, como tal, não havia necessidade de dirigir a regra de repartição do ónus da prova a ambos os outorgantes do contrato.

Umbilicalmente conexcionada com a questão do ónus da prova é a questão do ónus de alegação de que a cláusula foi negociada. Ora, se é verdade que é o aderente quem tem interesse em requerer a declaração de nulidade de determinada cláusula ou a sua exclusão (não inclusão) do contrato, também é seguro – parece-nos – que é o predisponente (que invoca determinada cláusula) quem tem de provar a sua existência e o conjunto de factos

constitutivos que determinam a sua eficácia. Com efeito, entendemos que sobre o predisponente recai não apenas o ónus da prova, mas também um ónus de alegação de que a cláusula foi negociada, valendo, aqui, o artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil e o artigo 5.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

A especificidade dos contratos de adesão, consistente na ausência da negociação do seu conteúdo entre os contraentes, comporta riscos: o risco de desconhecimento do conteúdo do contrato, o risco de falta de consciência do alcance e sentido das cláusulas pré-fixadas pelo predisponente e o risco de oposição de cláusulas abusivas ou iníquas no contrato pelo predisponente, sem ponderar os interesses do subscritor das cláusulas.

Diante destes riscos surge a necessidade de consagração de medidas adequadas e próprias que proporcionem um controlo eficaz sobre os contratos de adesão, que atuem não apenas ao nível da formação do contrato – assegurando a obtenção, em cada contrato que venha a ser celebrado, de um acordo efetivo e real sobre todos os aspetos objeto do contrato –, como também ao nível do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, através da fiscalização do seu teor, em ordem à preservação do equilíbrio das posições jurídicas das partes.

No plano do controlo sobre a formação do contrato, opera-se um controlo de inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares.

As cláusulas contratuais gerais consideram-se incluídas nos contratos por meio da *aceitação* do aderente, ficando excluídas as cláusulas não aceites especificamente, ainda que utilizadas pelo proponente em relação a todos os outros destinatários.

Não obstante, ainda que ocorra a aceitação do aderente, é necessário que se cumpram determinados requisitos específicos para que se admita a inclusão efetiva das cláusulas contratuais gerais no contrato singular, os quais constam dos artigos 5.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e se reconduzem, respetivamente: (i) ao *dever de comunicação* das cláusulas contratuais gerais ao aderente; (ii) ao *dever de informação e esclarecimento* das cláusulas contratuais gerais, em particular, de aspetos menos claros nelas compreendidos; e (iii) à inexistência de cláusulas prevalentes.

Em qualquer dos casos em que as cláusulas contratuais gerais não observem os requisitos necessários à sua inclusão nos contratos singulares, a consequência plasmada no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro é a de excluir tais cláusulas do contrato singular, o que nos remete

para o instituto da inexistência jurídica, conservando-se o contrato na parte restante e vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, previstas no artigo 239.º do Código Civil.

Para rematar as modalidades de controlo efetuado ao nível da formação do contrato, o capítulo III dispõe sobre a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais.

Em primeiro, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro consagra o princípio geral nesta matéria, dispondo que as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do *contexto de cada contrato singular em que se incluem*, apelando a uma interpretação individual e concreta.

Em segundo, o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro vem, aparentemente (dada a sua epígrafe), consagrar duas regras acerca das cláusulas ambíguas. Duas notas: (i) o n.º 1 do referido preceito legal exprime a doutrina da impressão do destinatário, a qual é igualmente adotada no artigo 236.º do Código Civil, parecendo, por isso, existir uma repetição face ao artigo 10.º do mesmo diploma, que remete para as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos; (ii) o preceituado no n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não reveste uma verdadeira regra sobre cláusulas ambíguas, pois, para as cláusulas ambíguas vale a regra consagrada no n.º 2, a qual consagra o designado princípio *in dubio contra stipulatorem*.

A norma contida no n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro traduz uma *regra subsidiária* face ao disposto no n.º 1 do mesmo artigo: nas situações de dúvida, não sendo possível determinar, com algum grau de certeza ou segurança, o sentido das cláusulas com recurso às regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos, as mesmas devem ser interpretadas no sentido mais favorável ao aderente.

Superado o crivo da verificação dos requisitos formais de que depende a inclusão das cláusulas contratuais gerais no contrato singular, a produção de efeitos jurídicos por cada uma das condições gizadas pela entidade predisponente encontra-se, ainda, sujeita a um controlo de avaliação da conformidade do seu conteúdo à luz do princípio da boa-fé, entendido no sentido de respeito pela manutenção do equilíbrio das prestações contratuais.

À semelhança da lei alemã, o nosso regime jurídico das cláusulas contratuais gerais opera uma distinção entre cláusulas absolutamente proibidas (artigos 18.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro) e cláusulas relativamente proibidas (artigos 19.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), constituindo as primeiras “listas negras” exemplificativas de estipulações contratuais que, por afrontarem normas legais imperativas vigentes na nossa ordem jurídica, se consideram sempre desconformes aos ditames da boa-fé, enquanto as segundas compõem “listas cinzentas” de condições gerais, também meramente enunciativas, que, em função de uma valoração do “quadro negocial padronizado”, podem ou não abalar o equilíbrio de interesses em confronto, em detrimento da contraparte do predisponente.

Todas as proibições (absolutas e relativas) previstas emanam da “disposição comum” do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, a qual vale *per se* e é passível de aplicação direta e imediata, não só em relação a cláusulas omissas dos catálogos, como também a cláusulas proibidas apenas nas relações com os consumidores finais, quando convencionadas em contratos de adesão cujos outorgantes não respeitem o âmbito pessoal de aplicação das disposições dos artigos 21.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e, ainda, a cláusulas situadas em áreas abrangidas pelas proibições absolutas, que, contudo, não preenchem as respetivas previsões.

Por conseguinte, embora a prática jurisprudencial amiúde não o reflita da melhor forma, um órgão jurisdicional, quando conheça da validade de uma cláusula contratual geral, a pedido de um interessado ou officiosamente (artigos 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e 286.º do Código Civil), não deve quedar-se pelo exercício de subsunção da concreta estipulação constante de contrato singular posta em crise às hipóteses normativas dos catálogos de cláusulas absoluta e relativamente proibidas, antes devendo aquilatar se, para lá do resultado de tal operação lógica, a cláusula sob escrutínio excede os limites da boa-fé.

A classificação de uma cláusula como relativamente proibida depende de uma valoração da sua proporcionalidade e adequação por referência ao “quadro negocial padronizado” em que o contrato concluído entre as partes se integra, a qual, ressalvado o caso dos contratos individualizados de adesão, previstos no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, se deve abstrair das vicissitudes fáticas que respeitem aos concretos sujeitos do negócio (em especial, à pessoa do aderente) e ao específico

contrato-modelo que os liga, sejam elas concomitantes ou posteriores à conclusão do vínculo jurídico, antes considerando tão-só, segundo um critério eminentemente objetivo, as próprias cláusulas do contrato, encaradas em si e no seu conjunto, e os elementos que normativamente o caracterizam, no seio do todo do regulamento pré-elaborado pelo utilizador de cláusulas contratuais gerais – artigo 16.º, alíneas a) e b), *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Quando o legislador dispõe, sob alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que, consoante o “quadro negocial padronizado”, são proibidas, nomeadamente, “as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais *desproporcionadas aos danos a ressarcir*” [itálico nosso], tal previsão não abarca as cláusulas penais exclusivamente compulsória-sancionatórias, visto que, nestas, pela sua própria natureza, inexistente qualquer preocupação de conservar uma relação entre a *pena* e os *danos* efetivamente sofridos pelo lesado, pelo que a estipulação de uma cláusula penal daquela espécie é absolutamente proibida, por violação intolerável do princípio da boa-fé – artigos 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Porque nos contratos de adesão, diversamente do que sucede nos contratos paritários, qualquer acréscimo à indemnização que seria devida, nos termos gerais de direito, «(...) representaria um ganho, já não “processual”, de simplificação e economia de gestão, mas uma mais-valia substancial que o predisponente arrecadaria à custa dos que tiveram que aderir aos termos contratuais por si impostos» [JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de outubro)”, *in Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1992, pp. 52-53] e, bem assim, o elemento gramatical do preceito da alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro não contém qualquer advérbio de modo que exija uma desproporção *sensível*, deve o intérprete-aplicador bastar-se, para efeitos de declaração de invalidade de cláusula penal unilateralmente predisposta, que, à luz de uma apreciação objetiva e em abstrato, reportada ao momento da elaboração da cláusula, de acordo com o arquétipo negocial em que a mesma se insere e tendo em consideração o ramo ou setor de atividade do predisponente, se considere previsível a imposição de um desequilíbrio material na repartição de posições jurídicas ativas e passivas entre os sujeitos do contrato de

adesão, com prejuízo para o aderente, por implicar o pagamento de uma pena superior aos danos tipicamente a reparar (e não ao prejuízo efetivo), não sendo a mesma passível de redução equitativa, nos termos do artigo 812.º do Código Civil.

Como tal, se num contrato de locação financeira predisposto por instituição de crédito ou sociedade de locação financeira (locador) se estipular que, em caso de resolução do contrato fundada em incumprimento do locatário, este deverá pagar um montante igual à totalidade ou parte das rendas vincendas e, ainda, o valor residual, não pode deixar-se de sufragar a invalidade desta cláusula penal, uma vez que significa, para o contraente mais débil, o ressarcimento de um dano inexistente (rendas que se venceriam até ao final do contrato, as quais representariam a contraprestação devida caso se mantivesse o gozo temporário da coisa locada) e, inclusive, na prática, obriga o mesmo a adquirir o bem locado, pagando o preço convencionado para a sua compra no final do contrato, como se este subsistisse, desvirtuando a natureza jurídica do direito de opção.

De igual modo, sob pena de tudo se passar, apenas em relação ao aderente, como se este oferecesse o cumprimento integral do contrato, de acordo com a valoração subjacente à regra contida no n.º 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas), é desconforme ao princípio da boa-fé a estipulação de cláusula penal que, em caso de denúncia de contrato pelo assinante antes de completado o período mínimo de permanência (por sua vez, regulado pelos n.ºs 5, 6 e 8 do mesmo artigo e diploma), confira ao prestador de serviços o direito a uma indemnização correspondente à totalidade das prestações vincendas.

Ainda de harmonia com o disposto pelos n.ºs 12 e 13 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, também é de julgar que impõe consequências patrimoniais injustificadas e, portanto, é ofensiva da bitola do equilíbrio material das partes uma pena convencional que exceda a medida do valor das específicas vantagens comerciais ou benefícios económicos oferecidos ao aderente (e.g. custos de investimento com infraestruturas, fornecimento de equipamentos) e que a entidade prestadora tinha a legítima expectativa de amortizar, para além dos custos e encargos já recuperados, na parcela do período de fidelização que não se completou por via da denúncia do contrato pelo assinante.

Revelando-se a pena desproporcionada aos danos a ressarcir, nos termos conjugados dos artigos 12.º e 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25

de outubro, deve o aplicador do Direito considerar que a cláusula contratual geral que a prevê, à luz do quadro negocial padronizado, é proibida e, como tal, nula, podendo o aderente – e só o aderente (diversamente do que prevê o n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro para as cláusulas excluídas) – optar, neste caso, pela manutenção do contrato singular, expurgado da cláusula inválida (recorrendo-se ao instituto da redução do negócio jurídico, salvo se se mostrar que este não teria sido concluído sem a parte viciada – cf. artigo 292.º do Código Civil *ex vi* artigo 14.º, *in fine* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), passando a vigorar, na parte afetada, as normas supletivas aplicáveis (por apelo, se necessário, às regras da integração dos negócios jurídicos – cfr. artigo 239.º do Código Civil), desde que o exercício de tal faculdade não conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé (artigos 13.º, n.º 2 e 14.º, 1.ª parte do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

Nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, foi aditada mais uma previsão ao rol de cláusulas absolutamente proibidas aplicáveis, em exclusivo, às relações com os consumidores finais, pelo que passam a ser proibidas, sem possibilidade de valoração à luz do quadro negocial padronizado, “as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15” – artigo 21.º, alínea i) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Não se duvidando, em algum momento, da bondade da intenção do legislador, bem refletida nas Exposições de Motivos dos Projetos de Lei n.ºs 396/XIV/1.ª (PEV) e 532/XIV/2.ª (BE) que estiveram na origem da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, afigura-se-nos incontornável que a técnica legislativa adotada para o preceito ora sob escrutínio se revela manifestamente desajustada, por subverter a coerência que, até a esta data, iluminava a autonomização dos sistemas legais de inclusão (controlo procedimental) e de aferição de validade (controlo material) das cláusulas contratuais gerais em contratos de adesão.

Como é bom de ver, os requisitos formais do aspeto gráfico do clausulado contratual concorrem para o efetivo conhecimento (e, no limite, para uma verdadeira aceitação) do regulamento predisposto a que a contraparte do utilizador de condições gerais se limita a aderir, não influenciando no teor das estipulações nele contidas, logo, todo o sentido faria para nós, em nome da manutenção da coerência e harmonia intra-sistemática, o

aditamento de um n.º 2 ao artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com a seguinte redação: “Para os efeitos da alínea c) do número anterior, considera-se que passam despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real, as cláusulas contratuais gerais que se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15”.

Sem prejuízo, o titular do poder jurisdicional deve continuar a contribuir, na medida do possível, para a preservação da máxima “um regime, dois sistemas” de controlo (formal-procedimental e material) que está na génese do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, pelo que, diante de um caso em que, e.g., segundo a sua apreciação crítica e racional do julgador, por força do tamanho da letra 8, uma cláusula não é passível de efetivo conhecimento do seu conteúdo pelo aderente (ainda que este adote uma postura pró-ativa a fim de se inteirar do teor da mesma estipulação contratual), deverá (continuar a) considerar a cláusula excluída do contrato singular, por apresentar um aspeto gráfico que não propicia a sua apreensão pelo destinatário (“cláusula-surpresa” ou *überraschende Klausel*) – artigo 8.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

Ainda assim, de molde a evitar que a previsão da nova alínea i) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro fique esvaziada de conteúdo útil e respeitando a sua essência, propomos que a mesma seja interpretada pelo aplicador do Direito como imposição legal de verificação de dois parâmetros atinentes à apresentação gráfica, em que o incumprimento dos *standards* mínimos nela consagrados impõe, em caso de dúvida, a conclusão de que o aderente não representou o teor da cláusula em questão.

Embora confiemos que os titulares do poder jurisdicional não virão a dar guarida a semelhante alegação das entidades predisponentes, sinalizámos um potencial efeito pernicioso – e mesmo contraproducente – que o aditamento da nova alínea i) ao artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro pode vir a produzir, visto que a opção legislativa de fixação de padrões mínimos a observar quanto ao tamanho da letra e ao espaçamento entre linhas pode favorecer a possibilidade de os predisponentes aduzirem, a seu favor, que, ao terem cumprido aqueles *standards* legalmente estatuídos, qualquer apreciação judicial no sentido de que, ainda assim, não foi assegurado o efetivo conhecimento da cláusula contratual pelo aderente, concretamente por conta do diminuto tamanho da letra ou do insuficiente espaçamento entre linhas, fica automaticamente prejudicada.

No artigo 3.º da Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, estabelece-se a regulamentação do diploma pelo Governo, no prazo de 60 dias (já largamente ultrapassado), que deve incluir, nos termos do n.º 2 do referido artigo 3.º, “a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades”.

Sempre com o devido respeito, parece-nos que também aqui a Assembleia da República não andou bem, pois acabou por determinar a criação de um mecanismo de fiscalização da utilização futura de cláusulas julgadas proibidas por outras entidades que não a predisponente que foi parte no pleito, sem, contudo, prever, no lugar próprio, a eficácia *erga omnes* da decisão emitida pelo órgão jurisdicional que resolveu o litígio *inter partes*.

Até à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por força do disposto nos seus artigos 34.º e 35.º, vigorava, exclusivamente, um sistema de registo das cláusulas contratuais abusivas declaradas nulas pelos tribunais, o qual se encontra disponível em <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase>.

O estado do sistema de registo das cláusulas contratuais abusivas espelha, com propriedade, a necessidade de dotar a Direção-Geral de Política de Justiça dos necessários recursos humanos e materiais para prosseguir o seu desígnio como legalmente determinado, o que, na nossa humilde opinião, passa, inelutavelmente, pela modernização da plataforma de alojamento das bases de dados jurídico-documentais geridas pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P. (IGFEJ, I.P.), a qual deve ser acompanhada da materialização de um procedimento ágil e expedito para aprovação prévia de condições gerais predispostas em modelos de contratos ainda não utilizados.

Por outro lado, na sequência da transposição da Diretiva 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, a ter lugar a breve trecho, será introduzido, na ordem jurídica nacional, um regime sancionatório que deverá garantir a possibilidade de aplicação de coimas aos profissionais que utilizam cláusulas contratuais expressamente definidas como abusivas, em todas as circunstâncias, em contratos singulares, bem como quando aqueles utilizam uma cláusula contratual que tenha sido declarada proibida, porque abusiva, por uma decisão definitiva, proferida no âmbito de uma ação inibitória – artigo 8.º-B da Diretiva 93/13/CEE.